

LE NOUVEAU RÉGIME DES SOCIÉTÉS ANONYMES EN ALLEMAGNE

(LOI DU 30 JANVIER 1937,

DECRETS DES 29 SEPTEMBRE 1937 ET 21 DECEMBRE 1938)

COMPARÉ AVEC

LE DROIT ET LES PROJETS DE RÉFORME FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 3 Juin 1939, à 14 heures

PAR

Ernst MEZGER

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BERLIN

LICENCIÉ EN DROIT

DIPLOMÉ DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

MEMBRES DU JURY

Président : M. Joseph HAMEL

Suffragants { M. M. PICARD }
 { M. J. ESCARRA } *Professeurs*

PARIS

Librairie ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13 (v^e)

1939

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

LE NOUVEAU RÉGIME
DES SOCIÉTÉS ANONYMES
EN ALLEMAGNE

(LOI DU 30 JANVIER 1937,
DECRETS DES 29 SEPTEMBRE 1937 ET 21 DECEMBRE 1938)

COMPARÉ AVEC

LE DROIT ET LES PROJETS DE RÉFORME FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 3 Juin 1939, à 14 heures

PAR

Ernst MEZGER

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BERLIN

LICENCIÉ EN DROIT

DIPLOMÉ DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

MEMBRES DU JURY

Président : M. Joseph HAMEL

Suffragants { M. M. PICARD }
 { M. J. ESCARRA } *Professeurs*

PARIS

Librairie ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13 (v°)

—
1939

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

L'histoire et l'esprit de la loi de 1937

1. — Le 30 janvier 1937, le Gouvernement allemand a adopté une loi codifiant le droit des sociétés par actions (1). Un de ses principaux rédacteurs décrit ainsi son but : « Cette loi essaie de modifier et de développer le droit ancien des sociétés par actions au sens de la conception économique nationale-socialiste, tout en mettant en valeur les nombreux résultats des travaux de réforme entrepris depuis plus de 10 ans » (2).

2. — L'étude de cette loi présente donc un double intérêt. D'abord un intérêt plutôt sociologique : La loi allemande est le premier exemple d'une codification nationale-socialiste dans le domaine du droit commercial, on peut même dire, d'une manière plus générale, du droit des affaires. Comment un « mouvement » et une « philosophie » qui se disent totalitaires, autoritaires et socialistes, ont-ils transformé une institution née et grandie dans une époque individualiste, libérale et capitaliste ? Que ceux qui s'attendent à une œuvre législative révolutionnaire soient prévenus d'avance : La loi du 30 janvier 1937 reste dans le

(1) Loi sur les Sociétés par actions et en commandite par actions, abréviation officielle : Loi sur les actions, *Bull. des Lois*, I, du 4 février 1937, pp. 107 ss., avec la Loi d'introduction de la même date, pp. 166 ss. (Rectificatifs, pp. 588 et 1140).

(2) QUASSOWSKI, *AkZ.* 1937, p. 101 ; *DJ.* 1937, 182.

cadre des idées traditionnelles, sauf quelques écarts qui, d'ailleurs, concernent plutôt les mots que les choses mêmes, tout en introduisant, bien entendu, de sérieuses réformes de détail et de caractère technique.

3. — Même ces réformes n'ont d'ailleurs pas leur cause dans la théorie nationale-socialiste. Leur lien avec cette dernière est d'une toute autre nature ; on peut dire que ce sont très souvent les mêmes raisons qui ont favorisé la propagation des conceptions nationales-socialistes, et qui ont fait naître le besoin de ces réformes. Ces raisons, auxquelles nous faisons allusion, sont les transformations profondes de la vie économique dans le monde entier et surtout en Allemagne depuis la Grande Guerre ; les changements d'idées sur la vie sociale qui se sont produits pendant cette période dans tous les partis, enfin, quelques scandales qui ont fait éclater les discordances entre les textes et la vie réelle des sociétés, voire la vie économique réelle tout court.

4. — Ce phénomène n'est pas seulement en soi digne d'attention, il est aussi de nature à rehausser l'autre intérêt qui s'attache à la loi du 30 janvier 1937, savoir l'intérêt juridique. Si, en effet, la loi allemande portait une très forte empreinte anticapitaliste, les juristes des autres pays, et notamment les juristes de France, n'y trouveraient guère d'idées assimilables. Dans sa forme actuelle, au contraire, la loi allemande se présente comme l'effort législatif le plus vaste et le mieux préparé pour rajeunir la société par actions et pour faire disparaître cette crise de l'anonymat qui ne sévit pas seulement en Allemagne, mais, pour des raisons tout à fait semblables, dans tous les Etats à économie développée et surtout en France, où les projets de réforme et les réformes partielles réalisées par voie de décrets se suivent sans cesse depuis quelques années.

5. — Or, précisément en droit de sociétés de capitaux, il serait bon d'utiliser la méthode comparative. Cette

matière est extrêmement technique. L'expérience nous montre partout les législateurs aux prises avec les mêmes difficultés. Si l'on ne peut envisager une législation uniforme, il est d'autant plus intéressant d'examiner comment les problèmes identiques sont résolus d'une manière pratiquement pareille dans les systèmes juridiques différents. Pourquoi la législation, la doctrine, voire la jurisprudence d'un pays ne profiteraient-ils pas des enseignements et des travaux des voisins ? Le législateur allemand l'a fait dans une large mesure, et on ne peut que l'en féliciter.

6. — La continuité de l'évolution législative allemande en matière de sociétés par actions, qui contraste si curieusement avec les secousses politiques et idéologiques, et l'élaboration des réformes apportées par la Loi de 1937 sous l'influence des courants économiques et doctrinaux qui ne datent pas d'aujourd'hui ou d'hier, et qui ne sont pas limités à l'Allemagne, ne peuvent être mises en lumière sans un coup d'œil sur l'histoire du droit allemand des sociétés anonymes et sur les travaux préparatoires de la loi actuelle. Ce coup d'œil sera aussi bref que possible, parce que ce livre n'est pas consacré à une recherche historique, mais à une étude systématique, le passé n'est pris en considération qu'en tant qu'il est indispensable à la juste appréciation et compréhension du présent.

I. — L'ÉVOLUTION DU DROIT ALLEMAND DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

§ 1. — Du Code de 1861 au Code de 1897

7. — L'histoire du droit commercial contemporain allemand commence par le Code Général de 1861. Cette œuvre remarquable, surtout par sa réglementation de la publicité concentrée au registre du commerce, — dont le Code de 1897 et les lois ultérieures ne sont au fond que des

remaniements, — date d'une époque où l'unité politique de l'Allemagne n'était pas encore réalisée. Le Code fut rédigé par une commission de délégués des pays qui formaient la Confédération germanique. La commission ayant achevé son travail, ces pays l'introduisirent l'un après l'autre, gagnés par les hautes qualités et la supériorité manifeste de la législation nouvelle sur leurs lois antérieures (1). Parmi ces pays se trouvait l'Autriche, où le Code fut promulgué (à l'exception du droit maritime) le 17 décembre 1862 et est resté en vigueur jusqu'à l'heure actuelle (2) ; si l'on s'intéresse au Code de 1861, on n'a donc qu'à consulter le Code de Commerce autrichien (3).

8. — Le Code de 1861 consacre aux sociétés par actions et en commandite par actions 77 articles (art. 173 à 249), c'est-à-dire beaucoup plus que le Code napoléonien et même un peu plus que la loi de 1867. En 1861, la constitution d'une société par actions était encore partout sou-

(1) V. sur ces lois antérieures : Dr Hermann SCHUMACHER, *Die Entwicklung der inneren Organisation der Aktiengesellschaft im deutschen Recht bis zum ADHGE* (Le développement de l'organisation intérieure de la société par actions en droit allemand jusqu'au Code général de commerce), vol. 10 der *Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, bürgerlichen Recht und Konkursrecht*, Beihefte der ZHR, 1937.

(2) Cf. la thèse de M. Maurice ROSENBERG, *Les Sociétés anonymes en droit autrichien*, Paris, 1937. Un décret du 11 avril 1938, *Bull. des Lois*, I, p. 385, pris en vertu de l'art. 11 de la loi sur la Réunion de l'Autriche avec l'Empire, du 13 mars 1938, *Bull. des Lois*, I, p. 237, a déclaré applicable à l'Autriche la loi sur les sociétés par actions, sa loi d'introduction et son premier décret d'application, en ce qui concerne : 1° les sociétés qui, après l'entrée en vigueur du décret, seront immatriculées au registre du commerce ou transféreront leur siège d'Allemagne en Autriche ou d'Autriche en Allemagne ; 2° les fusions, lorsque la société absorbante est soumise à la loi. Pour les autres sociétés et fusions, la loi est entrée en vigueur en Autriche, le 1^{er} janvier 1939 en vertu d'un décret du 2 août 1938, *Bull. des lois*, I, p. 988. En vertu d'un nouveau décret du 24 décembre 1938, le Code de commerce allemand s'est substitué au Code autrichien à partir du 1^{er} mars 1939.

(3) En Allemagne, le Code de 1861 fut incorporé dans la législation de la Confédération d'Allemagne du Nord par la loi du 5 juin 1869, et dans celle de l'Empire par les lois des 16 avril 1871, 22 avril 1871 (Bavière), 19 juin 1872 (Alsace-Lorraine).

mise à l'autorisation gouvernementale. Par conséquent, dans les pays où il en était autrement en ce qui concerne la société en commandite par actions, on préférerait très souvent cette dernière forme. De même que la loi française de 1867, le Code de 1861 traite donc en premier lieu de la société en commandite par actions, considérée comme une simple espèce des sociétés en commandite, mais qu'il soumet néanmoins au régime de l'autorisation gouvernementale, avec une réserve cependant en faveur des lois des pays, de sorte que plusieurs pays pouvaient abroger complètement l'autorisation gouvernementale et la Prusse maintenir la libre constitution des sociétés en commandite par actions.

9. — La loi française de 1867, permettant dans son art. 21 de former des sociétés anonymes sans l'autorisation du Gouvernement, fut suivie en Allemagne par la réforme de 1870 (1). La loi de 1870 renforçait les règles sur la constitution, puisque ces règles devaient désormais remplacer les règlements d'administration publique et les mesures de contrôle du Gouvernement. Elle rendait obligatoire pour la société anonyme le conseil de surveillance qui ne l'était jusque là que pour la société en commandite par actions. En outre, la loi de 1870 réalisa un progrès important, qui en France ne fut atteint que par la loi du 1^{er} août 1893 (art. 68 de la loi de 1867) : les sociétés par actions ou en commandite par actions sont commerciales quel que soit leur objet, elles sont « commerçants de par leur forme ».

A cette occasion, il faut rappeler que, malgré la suppression de l'autorisation gouvernementale, la naissance d'une société par actions est restée soumise en Allemagne — à la différence du droit français — à une intervention de l'autorité publique : la société n'existe juridiquement qu'après l'inscription au registre du commerce, et cette inscription est effectuée par un juge qui vérifie l'observation des règles légales sur la constitution.

(1) Loi du 11 juin 1870, *Bull. des lois*, p. 375.

10. — L'essor économique après 1870, grâce auquel la France a pu si vite se relever des suites de la guerre perdue, a eu en Allemagne des conséquences bien moins heureuses : Une fièvre spéculative et une baisse dangereuse de la morale commerciale. C'étaient les « *Gründerjahre* » où se multipliaient les sociétés par actions, souvent avec des objets fantaisistes, dont les seuls bénéficiaires étaient les fondateurs. Les précautions de la loi de 1870 contre les apports fictifs, les apports en nature et les avantages particuliers s'avéraient complètement inefficaces. Une grande méfiance contre les sociétés par actions s'empara du public. On réclama une réforme. Cette réforme ne fut réalisée que par la loi du 28 juillet 1884. Ce n'était donc pas une loi bâclée dans la hâte et dans la première effervescence, mais longuement préparée et mûrement réfléchie. Elle créa les règles sur la constitution de la société et sur l'augmentation du capital qui sont restées en vigueur jusqu'à la loi de 1937 qui, d'ailleurs, s'en est incorporé la plupart telles quelles ou en y apportant seulement quelques précisions. Une certaine influence de la loi française est indéniable, surtout en ce qui concerne l'institution du contrôle de la constitution par la Direction, le Conseil de Surveillance et des « réviseurs », imitation perfectionnée des commissaires de l'art. 4 de la loi de 1867, la perscription d'une réserve légale et l'octroi d'une protection à la minorité des actionnaires. D'autre part, la loi de 1884 poussa déjà plus loin la publicité que ne le fait la loi française, même après les décrets-lois du 30 octobre 1935 : Le procès-verbal de toute assemblée générale doit être un acte authentique et déposé avec la feuille de présence au registre du commerce où tout intéressé peut en prendre communication et s'en faire délivrer copie.

11. — Le Code du 10 mai 1897 (*Bull. des Lois*, p. 219) adapta le Code de 1861 à la terminologie du Code civil de 1896. Au fond, il n'apporta que des modifications de détail. Ainsi, on accorda aux actionnaires un droit préférentiel de souscription en cas d'augmentation du capital,

C'est aussi en 1897 que la nullité des sociétés par actions fut pour la première fois soumise à une réglementation spéciale ; la nullité n'a jamais joué un grand rôle dans le droit allemand des sociétés, parce que le contrôle préventif du juge empêche l'inscription au registre d'une société irrégulièrement constituée. Une réforme intéressante, mais d'une importance pratique assez réduite, était la permission d'obliger dans les statuts les actionnaires à des prestations périodiques en nature (§ 212. C. com.). On voulait adapter ainsi la forme de la société par actions aux besoins des raffineries de sucre dont les actionnaires-planteurs de betteraves auraient ainsi à la fois l'obligation et la garantie de vendre leurs récoltes moyennant un prix raisonnable qui, cependant, ne devrait pas dépasser la valeur (§ 226 C. com.). L'*intuitus personæ* très accentué dans ce genre de sociétés — dont les parts ne peuvent être négociées qu'avec l'agrément de la Direction, — leur fait choisir plutôt la forme de la société à responsabilité limitée.

12. — Plus importante est l'œuvre du Code de 1897 en matière de sociétés en commandite par actions. Celles-ci avaient été négligées en 1870 et 1884. Par conséquent, leur régime se distinguait sensiblement de celui des sociétés anonymes, sans raisons suffisantes. Le Code de 1897 changea cet état de choses : La société en commandite par actions n'est plus réglée dans le chapitre sur les sociétés en commandite, mais dans un chapitre spécial qui fait suite à celui sur les sociétés anonymes et dont le premier paragraphe (§ 320) déclare que les rapports des commandités entre eux, avec l'ensemble des commanditaires et avec les tiers (surtout leur droit de gérer les affaires de la Société et de la représenter) sont soumis aux règles de la commandite simple, mais que pour le reste les dispositions du chapitre sur les sociétés anonymes sont applicables.

13. — Dans le Code de 1897, le nombre des paragraphes consacrés aux sociétés par actions et en commandite par actions a plus que doublé par rapport au Code de 1861 :

de 77 sont devenus 157 (§§ 178 à 334). En France, pendant la période correspondante, c'est-à-dire de 1867 jusqu'à la guerre, on ne compte que la loi du 1^{er} août 1893, ainsi que celles du 9 juillet 1902 et du 16 novembre 1903 relatives aux actions de priorité et aux actions d'apport, enfin la loi du 22 novembre 1913, qui toutes ne dépassent pas le cadre de réformes de détail. La plus grande stabilité des textes français ne semble cependant pas due à leur qualité supérieure, car, depuis 1933, la loi de 1867 a dû être soumise presque chaque année à des modifications très importantes. Les raisons semblent plutôt être d'abord le développement plus rapide de l'économie allemande et ensuite la plus grande confiance qu'on a en France en la jurisprudence et la plus grande liberté qu'on lui accorde, tandis qu'en Allemagne on n'est pas content avant d'avoir réglé toute question par un texte.

§ 2. — De la grande guerre jusqu'à l'avènement du régime national-socialiste

14. — Pendant la guerre, toute l'économie allemande fut mise sous la direction de l'Etat. Pour faciliter le placement des emprunts de guerre, la formation de sociétés nouvelles et l'augmentation du capital au-delà de 300.000 marks furent soumises à l'autorisation du Gouvernement afin que les actions ne fassent concurrence sur le marché aux titres d'Etat (Décret du 2 novembre 1917, aboli par le Décret du 9 octobre 1920). On créa des sociétés par actions ayant un caractère de personnes morales de droit public, les « sociétés de guerre ». Ces entreprises d'économie mixte servaient de modèle à un grand nombre de créations d'après-guerre. Mais après l'abolition des commissaires du Gouvernement auprès des sociétés, les municipalités et autres collectivités intéressées devaient s'assurer l'influence qu'elles désiraient exercer sur la société par des contrats de droit privé. Elles exigeaient une réforme du droit des sociétés leur permettant une intervention plus directe dans les affaires des sociétés. Les projets de 1930 et de 1931 pro-

posaient à cet effet la possibilité d'octroyer à certains actionnaires le droit d'envoyer des délégués dans le Conseil de Surveillance, possibilité désormais reconnue dans le § 88 de la loi de 1937.

15. — La seule mesure durable de cette époque était le décret permettant de faire le versement obligatoire du premier quart des actions de numéraire lors de la constitution, par un chèque confirmé de la Banque de l'Empire ou par un virement à un compte dans la Banque de l'Empire ou à un compte chèques-postaux (avis du 24 mai 1917, *Bull. des Lois*, p. 431). Le Code avait exigé le paiement en espèces. C'était exagéré, alors surtout que la jurisprudence interprétait le terme « en espèces » d'une manière très stricte, et ne tenait pas suffisamment compte du développement de la monnaie bancaire. Or, pendant la guerre, il était devenu de plus en plus difficile de se conformer à la règle légale périmée en raison de la pénurie d'argent. Le décret de 1917 fut même considéré comme insuffisant, et on réclamait le droit de faire le versement à un compte dans une banque privée. Cette solution fut adoptée par les projets et réalisée par une loi spéciale du 5 mars 1935 (*Bull. des Lois* I, p. 252) devenue l'alinéa 3 du § 49 de la loi de 1937.

16. — L'époque d'après-guerre jusqu'à l'avènement du régime national-socialiste peut être divisée en trois périodes : La première est celle de l'inflation (1918-1923), la seconde celle de la prospérité (jusqu'à 1928), la troisième celle de la crise économique précédant la crise politique de janvier 1933. Au cours de chaque période, d'autres désirs de réforme en matière de droit des sociétés occupent le premier plan, sans que pour cela ceux formulés dans les périodes précédentes soient perdus de vue. Pendant la première période, on discute l'organisation de la société et surtout l'influence illégitime de l'administration exercée au moyen des actions à vote plural et des actions dites « de provision », et celle des banques, exercée au moyen des

pouvoirs en blanc ; dans la seconde période, on cherche des facilités de financement et de fusion ; dans la troisième enfin, on réclame le renforcement du contrôle et des droits des minorités.

17. — Mais avant d'entrer dans une étude plus détaillée de ces époques, il faut consacrer quelques lignes à une théorie non seulement juridique, mais aussi économique, voire philosophique, qui, après la guerre, a exercé une influence énorme sur la doctrine et, dans une certaine mesure, sur la jurisprudence, et qui, sous le couvert de quelques idéologies nationales-socialistes auxquelles elle était d'ailleurs apparentée en réalité, a inspiré bon nombre des dispositions de la loi de 1937 qui ont attiré le plus l'attention. Cette théorie est connue sous le nom de la « Théorie de l'Entreprise en soi ». En vérité, il s'agit d'un ensemble de tendances parfois même contradictoires, mais qui ont ceci de commun qu'elles sont opposées à la conception classique. Celle-ci considère la société par actions, ainsi que toute autre société ou personne morale de droit privé, comme un être fictif créé pour les besoins de la vie juridique, mais dont la substance réelle et vivante n'est autre chose que l'ensemble des associés. Ce sont donc les intérêts des actionnaires actuels, et, en cas de divergence d'intérêts, de la majorité des actionnaires, auxquels doit être subordonné le régime intérieur de la société. Parmi les adversaires, il faut distinguer au moins deux courants d'opinion : d'une part, on estime qu'il y a, distincte des intérêts des actionnaires, une sorte d'intérêt de l'entreprise en soi ; ce qu'on vise, c'est en vérité l'intérêt de l'actionnaire fidèle et de l'actionnaire futur. On peut en effet distinguer de l'intérêt des actionnaires actuels, qui ne désirent peut-être que de tirer dans une année le plus d'argent possible de l'affaire pour vendre ensuite leurs actions et abandonner la société exténuée à son sort, l'intérêt qu'aurait un propriétaire individuel, savoir de réaliser le maximum de bénéfices à la longue. Il est cependant très douteux si l'on doit introduire de telles considérations dans le droit de la

société anonyme. D'autre part, on oppose à l'intérêt de la société et de ses actionnaires celui du personnel, du public, ou de l'Etat (1). Cette dernière idée surtout a fait fortune, — elle harmonise si bien avec le slogan national-socialiste « L'intérêt commun passe avant l'intérêt individuel », — et mérite pour cela d'être examinée d'un peu plus près.

18. — Le père spirituel de cette idée est un des personnages les plus combattus et bafoués, à cause de sa race et de sa politique, par les nationaux-socialistes : WALTHER RATHENAU, qui, dans une brochure, plutôt économique que juridique, a brossé un tableau saisissant de la transformation de la vie des sociétés par actions à la suite du progrès des grandes entreprises capitalistes (2). « Ces grandes entreprises ne servent plus seulement des intérêts privés, elles sont des éléments de l'économie nationale appartenant à la communauté » (p. 154). Et RATHENAU pose la question de savoir si l'on pourrait par exemple permettre à l'assemblée générale de la *Deutsche Bank* de décider la liquidation de cette plus grande banque privée allemande. L'Etat devrait s'y opposer dans l'intérêt public. « On peut douter si les organismes ayant un rapport si étroit non seulement avec l'économie nationale, mais même avec l'existence nationale ne doivent pas être moins engagés dans les liens de l'économie privée et plus chargés d'obligations vis-à-vis de l'Etat ». Voilà la source de dispositions telles que le § 71 de la loi de 1937 ordonnant à la Direction de « conduire la société au plus grand bien de l'entreprise et de son personnel et dans l'intérêt commun du Peuple et de l'Empire ». On a objecté avec raison que l'argument de RATHENAU ne porte que pour les plus grandes sociétés. Celles-ci ont en effet parfois un caractère d'utilité publique en fait,

(1) Pour les rapports de ces doctrines avec les écoles philosophiques en général et avec la théorie de la réalité des collectivités enseignée par OTTO VON GIERKE, ou avec la théorie française de l'institution, v. Rob. GOLDSCHMIDT, *Recenti Tendenze*, avec des références bibliographiques très complètes, et *Grundfragen*, pp. 11-14, 69.

(2) RATHENAU, *Vom Aktienwesen*, 1917, Œuvres, V, pp. 123-177.

sinon en droit. Les petites sociétés anonymes n'ont pas plus l'obligation de se soucier du bien général que tout commerçant. C'est au fond une question de degré : plus une affaire est importante, plus est grande la responsabilité du capitaliste vis-à-vis du public et de l'Etat. La loi de 1937, il est vrai, a ôté à cette objection une partie de sa force, puisqu'elle réserve précisément dans son § 7 la forme de la société par actions aux grandes entreprises en fixant le capital minimum à 500.000 RM. Cette idée n'a d'ailleurs pas été émise par RATHENAU, mais elle est très conforme à sa manière de voir.

19. — Par contre, c'est de nouveau RATHENAU qui, le premier, a exigé la suppression des petites actions : « L'action n'est pas un placement pour le petit épargnant » (p. 148-149). C'est aussi la conviction du législateur national-socialiste qui a augmenté, dans le § 8 de la loi du 1937, le montant nominal minimum de l'action de 20 à 1.000 RM. On trouve également déjà chez RATHENAU la tendance de voir dans la Direction un gardien plus sûr de l'intérêt de la Société que dans l'Assemblée générale et de lui permettre de refuser de répondre aux questions des actionnaires sous le prétexte que l'intérêt supérieur de la Société s'oppose à des révélations de ce genre (cf. le § 122, al. 3 de la loi de 1937) ; c'est enfin RATHENAU qui a défendu la politique d'assurer la stabilité du dividende, même au détriment de la publicité et de la sincérité du bilan, au moyen des réserves occultes. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) ont suivi, et le législateur de 1937 considère expressément les réserves occultes et leur emploi occulte comme légitimes (3).

(1) V. FLECHTHEIM, § 213, note 19.

(2) V. l'arrêt fortement motivé du Trib. d'Emp., du 15 octobre 1937, *RGZ.* 156, 52.

(3) V. les « Motifs officiels », relatifs au § 133 de la loi de 1937. Il faut cependant remarquer qu'il n'y a pas encore de jurisprudence sur la question de savoir si la formation de réserves occultes dans le seul but de stabiliser le dividende est légitime ; la doctrine est divisée.

20. — Non seulement l'idée d'après laquelle la Direction a le droit et le devoir de défendre l'intérêt de la Société distinct de celui des actionnaires individuels, ou au moins des actionnaires qui n'ont pas engagé de fortes sommes et pour longtemps dans l'entreprise, et cette autre idée d'après laquelle la Direction doit en outre et même en première ligne prendre en considération l'intérêt public, on trouve chez RATHENAU encore le germe d'une troisième idée qui a eu peut-être le plus grand succès immédiat : ledit intérêt de la Société ne dicte pas seulement à la Direction sa ligne de conduite, mais à chaque actionnaire. RATHENAU n'est pas favorable à la protection des minorités, mais il estime qu'il faut réprimer la tentative d'une majorité de mauvaise foi qui cherche à obtenir des avantages étrangers, voire préjudiciables à la Société, par exemple en livrant la Société à un concurrent (p. 146). En 1917, la théorie de l'abus de droit n'était pas encore bien établie en droit allemand des sociétés. Sa victoire (1) fut beaucoup facilitée par cette conception nouvelle d'après laquelle il y a un intérêt de la Société au-dessus des actionnaires, qui sont tenus, soit entre eux, soit vis-à-vis de la Société, — sur ce point il y a des discussions théoriques, — de s'y conformer et de ne pas abuser de leurs droits sociaux à des fins égoïstes. A l'heure actuelle, la jurisprudence parle souvent d'un devoir de fidélité de l'actionnaire et va même jusqu'à subordonner à ce devoir le droit de l'actionnaire d'attaquer les délibérations illégales de l'Assemblée générale, renversement curieux et non sans danger d'un argument destiné primitivement à protéger la minorité (2).

21. — Tous ces problèmes gagnaient vite de l'actualité dès la fin de la guerre (3). Pour la première fois depuis la

(1) Trib. d'Emp., 20 octobre 1923, *RGZ* 107, 202 (204) ; Cf. § 197, al. 2 de la loi de 1937.

(2) V. Trib. d'Emp., 22 janvier 1935, *RGZ* 146, 385 (395).

(3) Ce qu'on appelle la révolution allemande de 1918 n'apporta qu'une seule innovation intéressante : la loi sur les conseils d'entreprise du 4 février 1920 (abrogée par la loi organisant le travail national du

crise de 1873, la vie des sociétés allemandes fut sérieusement troublée. L'économie était secouée par la fièvre de l'inflation. La chute vertigineuse du mark qui, en 1923, n'avait plus qu'un billionième de sa valeur, provoqua cette invasion d'étrangers qui, ou bien, voulaient annexer les entreprises allemandes à leurs établissements ou, tout simplement, s'enrichir par la spéculation. Les administrateurs combattirent ces éléments indésirables en faisant créer par l'Assemblée générale des actions à vote privilégié, conformément au § 252, al. 1, prop. 1, C. com., qui devaient assurer la majorité aux anciens actionnaires. On a vu quelques années plus tard le même phénomène en France lors de la baisse du franc de 1926 à 1928. Mais après la stabilisation de la monnaie, on commença à critiquer les abus réels ou possibles de la disproportionnalité entre le capital engagé et l'influence sur la gestion. La jurisprudence décidait d'ailleurs que dans les nombreux cas — précisément ceux qui concernent la structure de la société, tels que la modification des statuts — où la loi prescrit une majorité déterminée du capital (en outre de la majorité des voix), le vote plural resterait sans effet pour le calcul de cette majorité (1). Les projets de 1930 (§ 94) et 1931 (§ 98) voulaient autoriser l'Assemblée générale à supprimer les actions à vote plural cinq ans après leur création, par une délibération prise à la simple majorité du capital. La loi de 1937 les a tout simplement abolies (§ 12), le décret du 21 décembre 1938 a en outre repris l'idée d'une suppression du vote plural par la seule majorité du capital et d'un amortissement forcé des actions à vote plural qu'on a laissé subsister, mais tout ce régime dépend dans une large mesure du bon plaisir ministériel, ainsi qu'on l'exposera plus loin.

20 janvier 1934) prévoyait, dans son § 70, l'envoi au Conseil de surveillance de délégués du personnel. Cette réforme n'a pas eu de grands résultats.

(1) Trib. d'Emp., 24 septembre 1929, *RGZ.* 125, 356.

22. — L'inflation avait fait naître encore un autre artifice au profit de l'administration : les actions dites *de protection* ou *de provision* (*Schutz-oder Vorratsaktien*). Ce sont des actions nouvelles souscrites par un consortium sous la direction d'une banque, le droit de souscription des actionnaires ayant été écarté. Les 25 % obligatoires du capital nominal étaient faciles à payer, puisque le montant nominal minimum de 1.000 M par action ne représentait plus rien à la fin de l'inflation. Or, ce consortium acquérait les actions pour le compte de la Société même et exerçait le droit de vote conformément aux vœux de la Direction. C'est presque comme si la Société avait souscrit à ses propres actions et votait en vertu d'elles, ce qui a toujours été réputé impossible. Ces actions soulevaient une foule de questions théoriques et pratiques et étaient encore plus attaquées que les actions à vote plural. Les projets et la loi de 1937 (1) ont trouvé un moyen habile pour rendre ces actions anodines sans les déclarer nulles : La clause stipulant que la souscription serait effectuée pour le compte de la Société est réputée non écrite, le souscripteur n'en peut tirer aucun droit ni exception vis-à-vis de la Société ; en plus, tant qu'il possède l'action pour le compte de la Société, il ne peut exercer aucun droit en vertu d'elle (§ 51, al. 1 de la loi de 1937). Toutefois, les actions de provision avaient servi également à faciliter le financement et la fusion par absorption d'une autre société. Elles dispensaient en effet de la procédure lente de l'augmentation du capital ; l'administration vendait tout simplement les actions de provision qu'elle tenait dans son portefeuille ou dans le portefeuille du consortium. Pour garder ces avantages, la loi de 1937 a introduit dans le droit allemand l'augmentation conditionnelle du capital et le capital autorisé.

(1) Cf. déjà les §§ 30, 31 du deuxième décret d'application du décret sur les bilans-or, du 23 octobre 1924,

23. — Le souci de faciliter le financement et la fusion appartient déjà à la seconde période, celle de la prospérité apparente. La monnaie fut stabilisée par la création du Reichsmark (Loi monétaire du 30 août 1924). Le Décret sur les bilans-or du 28 décembre 1923 avait déjà avant cette date institué pour la première fois un montant minimum du capital social, savoir 50.000 marks-or pour les sociétés formées à l'avenir, et 5.000 marks-or pour les sociétés existantes, et elle avait substitué à l'ancien montant minimum des actions de 1.000 M (exceptionnellement de 200 M) celui de 100 (20) marks-or (1). Après avoir réussi à vaincre la détresse monétaire, l'Allemagne inspirait à tout le monde une grande confiance en la reconstruction de l'économie allemande à l'aide de capitaux étrangers. On ne s'apercevait guère que, échappé à l'inflation monétaire, on marchait droit vers l'inflation de crédit. A cette époque, les Etats-Unis et l'Angleterre étaient les banquiers du monde entier. En quête d'argent, les sociétés allemandes devaient donc s'adresser aux capitalistes d'outre-Manche et d'outre-mer. Pour s'adapter à leurs habitudes, il paraissait utile d'introduire dans le droit allemand quelques institutions anglo-saxonnes. Ainsi, l'Association des Juristes allemands avait mis sur l'ordre du jour de son Congrès à Cologne en 1926 la question suivante : « Doit-on, lors d'une réforme du droit des sociétés par actions, se rapprocher dans les questions fondamentales du droit anglo-américain ? » La discussion déborda ce cadre et aboutit à la nomination d'une commission chargée d'examiner toute la question de la réforme du droit des sociétés par actions. Les grandes libertés que la loi anglaise laisse aux fondateurs ne trouvèrent pas de partisans en Allemagne ;

(1) Le deuxième décret d'application de la loi monétaire du 12 décembre 1924 transforma les marks-or en RM. Le but principal du décret sur les bilans-or et de ses nombreux décrets d'application était de réorganiser la comptabilité sur la base d'une valeur stable, le mark-or ; cf. à ce sujet P. C. RAFFEGEAU et A. LACOUT, *Etablissement du bilan-or*, Paris, 1926 ; sur les problèmes correspondants en France, v. HAMEL, *La réévaluation du bilan*, *J. Soc.*, 1929, 5 ss., 65 ss.

l'émission au-dessous du pair et l'action sans valeur nominale déterminée furent défendues par quelques-uns, mais ne pouvaient gagner la faveur des praticiens méfiantes contre toute atteinte au principe de la fixité et de la souscription intégrale du capital social. Moins dangereuses et plus utiles paraissaient les « convertible bonds ». Ces obligations donnent au porteur, qui s'est convaincu de la bonne marche de la société, ou bien le droit de les échanger contre des actions de la même valeur nominale, ou bien un droit de souscrire à des actions tout en gardant l'obligation. Rien dans la loi ne s'opposait à leur émission par la Direction. Mais voilà la difficulté : si les porteurs exercent leur option, d'où prendre les actions nouvelles ? On se servait à cet effet des actions de provision et des actions que la Société avait dans son propre portefeuille. Ces deux artifices étant condamnés par l'opinion hostile à bon droit à la création d'actions de provision et à l'achat par la Société de ses propres actions, on devait penser à les remplacer par des formes nouvelles de l'augmentation du capital. La réforme de 1884, en vue de rendre plus difficiles les fraudes des administrateurs lors des augmentations du capital, avait confié à l'Assemblée générale non seulement la compétence exclusive de décider l'augmentation du capital, mais aussi celle de fixer la date et le montant de chaque émission. La nouvelle tendance exigeait la permission pour la Direction de fixer elle-même, dans certaines limites, la date la plus appropriée au placement des actions nouvelles dont seul le montant maximum resterait fixé par les statuts (capital autorisé) et, pour l'Assemblée générale, la liberté de décider une augmentation subordonnée à l'exercice de droits de souscription, soit par des porteurs d'obligations convertibles, soit — autre hypothèse fréquente — par les actionnaires d'une autre société absorbée par fusion (augmentation conditionnelle). Les deux institutions empruntées au droit anglais furent prévues dans les projets de 1930 et 1931, et de là ont trouvé accès à la loi de 1937, de même que les actions de préférence dites sans droit de vote (bien que le droit de vote

ne soit que suspendu pendant le temps où elles bénéficient réellement du dividende préférentiel promis). Cette forme d'action, d'origine américaine, permet une augmentation du capital sans qu'on doive craindre la nécessité d'une homologation de chaque décision importante dans l'avenir, par une délibération spéciale des nouveaux actionnaires munis de titres jouissant de certains privilèges ; à cause précisément de ces privilèges, les nouveaux actionnaires seront moins intéressés au sort de la Société ; leur droit de vote est donc dangereux pour la Société et sans grand intérêt pour les actionnaires. La loi de 1937, suivant aussi en cette matière les projets de 1930 et 1931, permet donc dans son § 115 la création d'actions jouissant d'un dividende supplémentaire jusqu'à concurrence de la moitié du montant nominal total des autres actions (cette restriction, afin que la Société ne soit régie par une petite aristocratie de titulaires d'actions jouissant du droit de vote). Mais les actionnaires privilégiés ont le droit de récupérer le droit de vote dès que leur privilège risque d'être compromis puisque c'est peut-être précisément par la faute des autres actionnaires (1).

24. — L'importation des capitaux favorisa un grand mouvement de concentration économique, car cette importation profitait en première ligne aux grandes entreprises auxquelles elle permettait de moderniser leur matériel — rationalisation était le mot du jour — et d'évincer ainsi les petites qui ne le pouvaient pas dans la même mesure. Le législateur était favorable à cette évolution et octroya des allègements d'impôts. Les projets de 1930 et 1931 prévoyaient la simplification de la fusion et de la transformation, telle qu'elle a été codifiée avec quelques changements de détail dans le troisième Livre de la loi de 1937.

(1) Aux termes du § 116, al. 2, les actionnaires ont le droit de vote lorsque le dividende préférentiel n'a pas été complètement payé dans une année et que la somme en souffrance n'a pas été réglée dans l'année suivante avec tout le dividende préférentiel pour cette année, jusqu'au paiement intégral des arrérages.

25. — Les promoteurs de ce mouvement de concentration étaient les banques. En qualité d'intermédiaires du crédit, elles regagnaient l'influence perdue pendant l'inflation. Leur puissance s'appuyait en outre sur ce qu'on appelle en France les « pouvoirs en blanc » de leurs clients. En Allemagne, le même effet pratique peut être obtenu d'une manière encore plus simple, savoir le transfert dit « en vue de légitimation », c'est-à-dire l'autorisation donnée à la banque d'exercer en son propre nom le droit de vote attaché à l'action. On en parlera plus loin. Ici, il faut remarquer que l'opinion publique était presque aussi hostile à l'appui que l'administration trouvait dans ce droit de vote des banques qu'aux actions à vote plural ou de provision. Mais les discussions n'aboutissaient pas à un projet sérieux de réforme. La loi de 1937, § 114, al. 4, est ici plus énergique, nous le verrons, mais déjà une controverse s'est élevée à propos de cette disposition dont l'examen révélera la complexité du problème.

26. — La crise internationale qui se fit sentir depuis 1928 mit fin à l'euphorie de l'économie allemande. Les sociétés par actions, qui avaient été les premiers profiteurs de la prospérité, furent en revanche le plus durement éprouvées. Dans l'été 1929, une des plus grandes sociétés allemandes s'écroula, la Société Générale d'Assurances de Francfort-sur-le-Mein (*Frankfurter Allgemeine Versicherungsaktiengesellschaft* = Favag). Le procès révéla des agissements criminels de l'administration. A l'intérieur et à l'extérieur, la confiance dans la solidité des sociétés allemandes était ébranlée. La dépression économique et l'augmentation du nombre des chômeurs avaient de graves répercussions politiques. La recrudescence du nationalisme allemand, qui se prévalait de la misère comme argument politique, fut manifeste aux élections de septembre 1930, qui firent entrer dans le Parlement plus d'une centaine de nationaux-socialistes. La panique éclata, et tout les crédits étrangers furent rappelés. Les investissements exagérés s'avéraient de plus en plus ruineux. En juillet 1931, une

des quatre grandes banques d'Allemagne, la *Darmstädter und Nationalbank*, (*Danat*), ferma ses guichets ; un peu plus tard, une seconde, la *Dresdener Bank*, devait être renflouée par le Gouvernement.

27. — A la suite des événements extrêmement graves qu'on vient de décrire, le législateur intervint. Pour comprendre la portée de cette intervention, il convient de jeter un coup d'œil sur les travaux de réforme entrepris depuis l'installation en 1926 par l'Association des Juristes allemands, de la Commission susmentionnée (n° 23). Les propositions de cette Commission, dont le président était M. Hachenburg, furent publiées en automne 1928. Le Ministre de la Justice s'y intéressa et envoya au printemps 1929 cinq questionnaires avec environ 700 questions à toutes les organisations intéressées, telles que les groupements économiques, les syndicats ouvriers, les Facultés, les associations d'avocats (1) et de rédacteurs de journaux commerciaux, etc. Le Ministère profita en outre des résultats de l'enquête sur les conditions de production et de vente de l'économie allemande, menée par une commission instituée par une loi du 15 avril 1926. Les débats et rapports de cette commission ont été publiés. La crise a mis fin à ses travaux intéressants qui ne pouvaient être continués faute d'argent. Le procès-verbal de la première sous-commission, troisième groupe de travail, intitulé : Transformation des formes d'organisation économique », première partie : Rapport et interrogatoire sur les transformations en ce qui concerne les entreprises individuelles et les Konzerns », Berlin, 1928, et la troisième partie : « Rapport général », Berlin, 1930, contiennent des matériaux précieux pour la réforme du droit des sociétés par actions. Ainsi instruit, le Ministre publia en août 1930 l'avant-projet d'une « Loi sur les Sociétés par Actions et en Commandite par Actions », accompagné d'observations. La loi de 1937 n'est

(1) La réponse de l'Association allemande des avocats fut publiée ainsi que plusieurs autres réponses.

au fond qu'une édition remaniée de cet avant-projet qui n'était destiné qu'à la discussion publique (1). Eclairé par celle-ci, le Ministre déposa en 1931 le projet définitif (2).

28. — Mais entre temps, la situation était devenue si critique que le Gouvernement se décida à introduire par décret les réformes les plus urgentes. Le décret-loi du 19 septembre 1931 (3) montre clairement comment la situation avait changé et quels étaient les points qui intéressaient avant tout à ce moment. La première partie de ce décret contient ce qu'on a appelé la « petite réforme » du droit des sociétés par actions, sous le titre « dispositions relatives aux sociétés par actions et en commandite par actions ». Cette partie se compose de 14 articles.

Le premier s'occupe d'un problème qui n'avait jusqu'alors donné lieu à aucune proposition de réforme et qui, pourtant, s'était révélé comme capital dans les catastrophes de 1930 et de 1931 : L'acquisition par la Société de ses propres actions. L'actif de beaucoup de sociétés était factice parce que composé d'actions de la Société même, de sorte que, loin de servir de support en temps de crise, cet actif dépendait de la prospérité de la Société et périlait avec elle ; la découverte de ce fait avait rejeté au second plan les controverses sur le vote plural, les actions de provision et le pouvoir des banques. La réglementation du décret de 1931 était assez compliquée et équivoque quant aux sanctions ; elle fut incorporée dans la loi de 1937, mais dans une forme plus précise et encore plus sévère qu'on examinera plus loin en détail.

Les articles II et VII renforcent les droits minoritaires à la nomination de contrôleurs extraordinaires et au choix

(1) Pour se documenter sur les lois et projets étrangers, le Ministre fit appel à l'Institut de droit privé étranger et international à Berlin ; les travaux de cet Institut ont été mis en valeur dans un ouvrage d'ensemble sous le titre *Die Aktienrechte der Gegenwart*, Berlin, 1931, par M. W. HALLSTEIN.

(2) V. l'exposé critique de ce projet par A. PERCEROU, pp. 405-461.

(3) *Bull. des lois*, I, p. 493. V. la traduction et le commentaire de M. A. PERCEROU, pp. 353-404.

par le Tribunal de ces contrôleurs, des contrôleurs aux comptes et des liquidateurs, ainsi qu'à l'exercice de l'action sociale contre les fondateurs et administrateurs.

Les articles III et IV étendent les pouvoirs du Conseil de Surveillance et de ses membres. La Direction est obligée à faire un rapport trimestriel et de mettre le Conseil constamment au courant des affaires. Le Conseil doit être convoqué sur la demande de deux de ses membres ; il peut interroger la Direction sur les relations avec les sociétés dépendantes et les sociétés faisant partie du même Konzern. Le droit du Conseil de poser des questions est même étendu à une minorité de ce Conseil.

L'article III ajoute en outre au Code de commerce un § 240^a, subordonnant l'octroi de crédits aux membres de la Direction à l'autorisation formelle du Conseil de Surveillance.

Les articles V et VI contiennent le noyau de la réforme : les dispositions longtemps réclamées, discutées et préparées sur le rapport annuel, le bilan, le compte de profits et pertes, ainsi que sur le contrôle de tous ces documents par des contrôleurs qualifiés et indépendants. La publicité et le contrôle de la comptabilité des sociétés anonymes ont été développés d'abord dans le droit anglais (1). On peut donc dire qu'en cette matière aussi, le droit comparé a joué un grand rôle salutaire. En Allemagne, la nécessité se fit sentir d'autant plus que le mouvement de concentration des années de prospérité avait engendré des enchevêtrements permettant toutes sortes de fraudes. Les rapports annuels et les bilans étaient trop souvent laconiques et inutilisables comme sources d'information sérieuse. On n'entre pas ici dans l'étude de l'œuvre de 1931 en la matière ; elle est devenue, presque sans changement important, partie intégrante de la loi de 1937. D'ailleurs, seuls les principes de toute cette législation peuvent être analysés dans ce livre. En ce qui concerne les questions de détail, parfois très importantes pour la pratique, nous renvoyons à l'ex-

(1) Cf. Companies Act, 1929, Sect. 122-134, sous le titre *Accounts and Audit*.

cellente étude de M^e Baudouin-Bugnet qui contient également une traduction complète des articles V et VI du décret de 1931 (1).

Les autres articles du décret sont beaucoup moins intéressants. L'article VIII abroge toutes les règles statutaires sur la composition, la nomination et la rétribution du Conseil de Surveillance et destitue de droit les membres de tous les Conseils de Surveillance en vue de permettre le grand nettoyage jugé indispensable. En outre, le nombre maximum des membres du Conseil de Surveillance est fixé à trente, et il est interdit d'élire une personne qui est déjà membre du Conseil de Surveillance de vingt autres sociétés. L'article IX aggrave quelques dispositions pénales et en crée quelques nouvelles. Le reste sont des dispositions transitoires et des autorisations données au Gouvernement d'arrêter les règlements administratifs nécessaires (2).

A première vue, on s'aperçoit que la réforme du 19 septembre 1931 a été inspirée par un esprit de méfiance contre les administrateurs. Sa préoccupation était d'empêcher à l'avenir leurs agissements dangereux et d'assurer le contrôle par les actionnaires et les techniciens.

29. — Avant de penser à l'avenir, il fallait cependant sauver les sociétés en détresse. Leur assainissement exigeait souvent une réduction du capital. C'est pourquoi un nouveau décret-loi, du 6 octobre 1931 (3), facilitait dans sa cinquième partie, chapitre II, la réduction du capital ; il

(1) P. BAUDOUIN-BUGNET, *Le contrôle des sociétés et la protection de l'épargne en Allemagne*, Paris, 1934 ; cf. en outre HAMEL, *Ann. Dr. com.*, 1932, pp. 11-22 ; NADELMANN, *ibid.*, 1936, pp. 227-232.

(2) Le décret-loi a été complété par neuf décrets d'application des 15 décembre 1931 (*Bull. des lois*, I, p. 760) (cf. aussi les décrets des 15 et 23 décembre, I, 759 et 793), 20 décembre 1932 (I, 563, rect. 578), 1^{er} avril 1933 (I, 163), 27 novembre 1933 (I, 1013), 16 février 1934 (I, 125), 28 février 1934 (I, 172), 8 juin 1934 (I, 491), 20 novembre 1934 (I, 1188), 8 juillet 1935 (I, 1050).

(3) *Bull. des lois*, I, p. 537 (556), 1^{er} décret d'application du 18 février 1932 (*Bull. des lois*, I, p. 75).

dispensait de l'observation de certaines formalités longues et coûteuses instituées par le Code de commerce en vue de protéger les créanciers, à condition que la réduction ait été décidée, non pas pour distribuer aux actionnaires une partie du capital, mais pour adapter ce capital aux pertes subies. Cette législation devait d'abord expirer le 30 juin 1932. Mais elle fut toujours prorogée et enfin incorporée dans la loi de 1937. La « réduction simplifiée » a même influencé le régime de la réduction ordinaire, puisque la loi de 1937 réduit même lors de la réduction ordinaire la protection des créanciers.

30. — Tel était l'état du droit allemand des sociétés et de sa réforme à la veille de l'avènement du régime national-socialiste. Les réformes projetées et réalisées avaient été dictées par des soucis économiques et le désir de remédier à des inconvénients et des insuffisances qui s'étaient révélés dans la pratique. Aucune tendance politique ni même idéologique ne s'affirmait nettement. Les parties de la loi auxquelles on entendait le moins toucher étaient celles sur les attributions de la Direction et de l'Assemblée générale. Le but était une réforme technique, et non pas une réforme de structure.

Toutes différentes étaient les aspirations du parti national-socialiste qui prit le pouvoir en 1933. En juin 1933, M. FRANK, qui n'est pas Ministre de la Justice, place occupée depuis le cabinet von Papen par M. GURTNER, mais « Chef des Juristes allemands » ce qui n'est guère moins, fonda l'Académie du Droit allemand. Aux termes du § 2 de la Loi du 11 juillet 1934 (*Bull. des Lois* I, 605) qui donna à cette académie son statut définitif, « l'Académie a la mission d'encourager la transformation de la vie juridique allemande et — toujours en contact étroit avec les autorités législatives compétentes — de réaliser le programme national-socialiste dans tous les domaines du droit ». L'intervention d'un tel organisme devait nécessairement donner une direction nouvelle aux travaux de réforme.

§ 3. — L'élaboration de la loi de 1937

31. — Le programme national-socialiste (cette expression ne vise pas ici les seuls « 25 points » du 24 février 1920) était hostile à toute l'institution des sociétés par actions. Le national-socialisme prêchait la responsabilité personnelle du capitaliste pour son entreprise, la suppression de l'anonymat et de la libre négociation des parts permettant à des forces d'argent occultes d'exercer une influence néfaste et des manœuvres spéculatives. En outre, la société anonyme était suspecte d'être quelque chose comme une démocratie.

La comparaison entre le régime politique et l'organisation des sociétés est une de ces idées aussi séduisantes que fausses. En droit, l'assemblée générale, à laquelle on pense toujours dans cette comparaison, ne vote pas par têtes, mais par capitaux, ce qui met en évidence l'incommensurabilité de la « démocratie » des actions avec la démocratie politique ; en fait, l'assemblée générale a perdu depuis longtemps, si elle en a jamais possédé, toute influence décisive sur la gestion, et on peut être un bon démocrate tout en estimant qu'il faut adapter la législation des sociétés à cette situation. Mais — à tort ou à raison — toujours est-il que les théoriciens nationaux-socialistes ont fait ce rapprochement entre la politique et l'économique et en ont tiré un argument de plus contre la société par actions.

32. — Cette hostilité apparaissait non seulement avant le 30 janvier 1933, par exemple dans une proposition de la fraction nationale-socialiste à la Diète, tendant à supprimer les actions au porteur, mais elle se faisait sentir aussi jusque dans les débats de la Commission pour la réforme du droit des sociétés par actions instituée au début de l'année 1934 par M. FRANK, en qualité de chef de l'Académie du Droit allemand. Cette Commission, composée de juristes et d'hommes d'affaires, rejeta cependant tout de suite l'idée d'une abolition des sociétés par actions, mais il est

significatif qu'elle éprouva le besoin de justifier sa décision. Le président de la Commission, M. KISSKALT, exposa, dans un article écrit fin 1934 (1), qu'on pourrait bien se passer de la société par actions s'il s'agissait seulement de légiférer pour l'avenir, mais qu'on ne pourrait pas détruire les sociétés par actions déjà existantes. Le législateur même proclama son antipathie contre les sociétés de capitaux, tout en reconnaissant la nécessité de les conserver. En effet, une loi du 5 juillet 1934 facilita la transformation des sociétés de capitaux en sociétés de personnes ; au terme de son préambule, le but de cette loi est « de favoriser le retour des formes d'anonymat à la responsabilité personnelle du capitaliste ». Mais les Motifs Officiels de cette même loi admettent que « même à l'avenir la société par actions sera la forme la plus appropriée pour créer des entreprises sur une large base pécuniaire et pour faire contribuer le public à la réunion du capital nécessaire ». Cette idée est mise en avant non seulement dans l'article de M. KISSKALT, mais aussi dans les deux rapports que celui-ci présenta en avril 1934 et en avril 1935 au nom de la Commission (2). L'introduction des Motifs Officiels de la loi de 1937 y revient :

« L'économie moderne ne peut exister sans la société par actions. Celle-ci était et est le moyen approprié pour rendre possible la formation de capitaux énormes, en recueillant les économies d'un grand nombre de personnes. Un pays d'une civilisation et d'une économie développées tel que l'Allemagne ne peut se passer de la société par actions sans exposer la vie économique à des troubles sérieux. »

33. — Donc, pas d'abolition, seulement des réformes ! mais des réformes fondamentales. Nous verrons plus loin

(1) *Die Aktiengesellschaft im nationalsozialistischen Staat* (La société par actions dans l'Etat national-socialiste), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung (Manuel national-socialiste de droit et de législation), 1934, p. 1136.

(2) *AkZ* 1934, 20 ; 1935, 24 ; cf. aussi la critique du premier rapport par M. CRISOLLI *JW.* 1935, 8.

ce qu'on a réalisé de ce programme ; les propositions les plus sensationnelles ne le furent pas. Ces propositions concernaient naturellement les deux idées directrices du programme national-socialiste en la matière : la suppression, ou plutôt la réduction de l'anonymat, et l'introduction dans le droit des sociétés du régime autoritaire.

Pour combattre l'influence des actionnaires inconnus et passagers, l'Académie proposa de donner une prime à la fidélité en accordant un double droit de vote et des avantages fiscaux aux actionnaires ayant déposé leurs actions pendant deux ans au siège de la société et étant inscrits dans un répertoire spécial. Cette idée n'était au fond pas si extraordinaire ; elle est à la base de la loi française du 13 novembre 1933. En vue de renforcer le pouvoir de la Direction, l'Académie ne voulait pas seulement augmenter ses attributions, mais lui donner aussi le droit de voter dans l'Assemblée Générale et pour un vingtième du capital social. Enfin, elle préconisait l'introduction dans le droit des sociétés par actions du « principe du chef » (*Führerprinzip*), c'est-à-dire, non seulement des pouvoirs très étendus pour la Direction, mais aussi la concentration de ces pouvoirs dans les mains d'une seule personne, véritable chef de l'entreprise.

34. — Ces suggestions provoquèrent un vif émoi dans les cercles intéressés. Leur porte-parole, M. SCHACHT, qui à ce moment était Ministre de l'Economie Nationale, exposa à la séance plénière de l'Académie, du 30 novembre 1935 (1), sans entrer dans les détails juridiques, les vérités suivantes : le principe du chef ne saurait être transporté schématiquement du domaine politique au domaine économique ; les chefs ne peuvent être créés à volonté par le législateur ; celui-ci doit prévoir des institutions où un chef peut déployer ses forces, mais qui permettent aussi de s'en passer s'il n'y en a aucun. Si l'on veut gagner les capitalistes, on ne doit pas leur retirer tout droit de contrôler la gestion de la société ; l'Assemblée Générale doit rester l'or-

(1) *AKZ* 1936, 34.

gane des actionnaires. En outre, les capitalistes tiennent beaucoup à cet avantage, de l'action qui consiste dans sa négociabilité ; la possibilité de vendre l'action à tout moment ne doit pas être atteinte ; or, elle risque d'être diminuée, si l'on restreint les droits des « spéculateurs » au profit des actionnaires « fidèles », distinction d'ailleurs assez difficile à faire dans la pratique.

Le vote privilégié des actionnaires fidèles, le droit de vote de la Direction et l'introduction obligatoire du principe du chef ne se trouvaient plus dans le projet définitif.

35. — Ce projet fut élaboré au Ministère de la Justice, sur la base du projet de 1931 et des rapports de M. KISS-KALT. La direction des travaux au Ministère était dans les mains des hauts fonctionnaires qui avaient déjà rédigé les lois les plus importantes de la République de Weimar et les projets de 1930 et de 1931, savoir M. SCHLEGELBERGER, Secrétaire d'Etat au Ministère de la Justice, et M. QUAS-SOWSKI, chef du Département de Législation Commerciale et Publique au même Ministère. La continuité fut donc gardée. C'était d'autant plus facile que l'Académie s'était déjà prononcée contre certaines tendances d'introduire dans la loi des règles exigeant ou permettant à chaque instant l'intervention de l'autorité publique. Elle avait invoqué, pour se défendre du reproche de « libéralisme », les discours du *Führer* et de ses porte-paroles, qui auraient toujours affirmé que la vie économique doit être sévèrement contrôlée par l'Etat, tout en restant dirigée par la concurrence loyale, mais libre, des particuliers, capitalistes individuels ou sociétés, qui en portent les risques et en tirent les profits. Le contrôle de l'Etat devrait être réglé par le droit public ; la pénétration de la vie économique par l'esprit national-socialiste serait d'ailleurs moins l'œuvre du législateur que de la lente transformation des mœurs. Les réformes de base se réduisaient donc à la limitation de la forme « par actions » aux très grandes sociétés, et à une augmentation des pouvoirs de la Direction, qui est devenue très puissante dans la loi de 1937,

ce qui n'est cependant que la consécration légale d'une évolution qui s'était déjà réalisée dans la pratique.

II. — LA LOI DU 30 JANVIER 1937

§ 1. — Sa présentation extérieure

36. — La loi du 30 janvier 1937 parut dans le Bulletin des Lois de l'Empire (*Reichsgesetzblatt*), 1^{re} partie, n° 15, du 4 février 1937, sous le titre « Loi sur les Sociétés par actions et en commandite par actions (Loi sur les Actions) ». Le titre entre parenthèses est l'abréviation officielle en vue de faciliter la citation, comparable au *short title* des lois anglaises ; pratiquement, la Loi est toujours citée en Allemagne sous le nom « *Aktiengesetz* ». Dans le même numéro du Bulletin, fut publié la Loi d'Introduction, c'est-à-dire la loi réglant la mise en vigueur de la Loi sur les Actions ; son § 1^{er}, al. 1, a fixé au 1^{er} octobre 1937 la date de l'entrée en vigueur de la nouvelle législation. Egalement le 4 février 1937, furent rapportés, dans le Moniteur de l'Empire (*Reichsanzeiger*), n° 28, les « Motifs Officiels » (*Amtliche Begründung*).

37. — La loi est divisée en quatre livres (Des Sociétés par actions ; Des Sociétés en Commandite par Actions ; Des Fusions, Transferts d'Actif, Transformations ; La Société par Actions et l'Etat, Dispositions Pénales).

Les livres, sauf le deuxième, se divisent en parties. Les parties (parfois) en sections et sous-sections. La dernière unité est le paragraphe qu'on nommerait article dans la terminologie française. Les paragraphes sont numérotés depuis le début du premier livre (§ I) jusqu'à la fin du quatrième (§ 304). Ils portent chacun un titre, ce qui simplifie la lecture. Les alinéas sont numérotés, mais il n'en est malheureusement pas ainsi des propositions dont quelques alinéas comprennent jusqu'à 3 et 4, parfois encore se composant de deux demi-propositions séparées par un point et virgule. La Loi d'Introduction a 32 paragraphes groupés

en quatre Sections : Entrée en vigueur de la Loi ; Règles transitoires ; Abrogation et modification de lois ; Autorisations (sc. des Ministres de l'Economie Nationale et de la Justice).

38. — La langue de la loi est très technique et un peu puriste. Nous appelons puriste la tendance à faire disparaître tout terme d'origine ou de son étranger, et de créer des néologismes aux frais même de mots allemands, certes mal formés mais entrés dans les habitudes. Ainsi, la *Generalversammlung* est devenue *Hauptversammlung*, et le *Vorsitzende* (président) un *Vorsitzer*. Le terme *Personal* (personnel) a été remplacé par *Gefolgschaft* (suite), employé pour la première fois par la Loi organisant le travail national (*Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*) du 20 janvier 1934. Ce mot doit être une allusion aux liens féodaux d'homme à homme, qu'on prétend substituer aux rapports purement contractuels et pécuniaires du capitalisme.

39. — Les auteurs national-socialistes qui préconisent non seulement une langue législative pure, mais aussi populaire (1), n'ont pas lieu d'être très satisfaits de la Loi. Les germanismes et archaïsmes dont nous venons de parler donnent à son langage un caractère artificiel. En outre, sa terminologie est très technique. Une loi sur les sociétés par actions ne peut guère être compréhensible à l'homme de la rue ; il faut que chaque terme ait une signification précise et que les phrases ne contiennent aucun mot de trop, sous peine de créer d'innombrables controverses. Toutefois, le législateur a sacrifié souvent sans raison la beauté du style. Ainsi, au lieu de dire : « La délibération sur la réduction du capital peut être déclarée et inscrite au Registre du Commerce en même temps que sa réalisation », le § 194, al. 2, est ainsi conçu : « La déclaration et l'inscription de la réalisation de la réduction du capital peuvent

(1) Parmi ces auteurs, se trouve M. SCHLEGELBERGER, qui, dans un discours du 9 décembre 1937, estime que la loi doit « parler le langage du peuple », *DJ.* 1937, p. 1942 (1943). Il oublie que le « langage du peuple » est toujours équivoque et manque d'expressions techniques.

être jointes à la déclaration et à l'inscription de la délibération sur la réduction. » On trouve aussi quelques « renvois » dignes du Code civil allemand : par exemple le § 189, al. 1, prop. 2, renvoie au § 155, al. 2, qui lui-même renvoie aux §§ 28, al. 2, et 29, al. 1, et ces deux derniers se réfèrent à leur tour au § 49, al. 3.

40. — La Loi se rapproche encore d'un autre point de vue du Code civil allemand. Elle est, comme celui-ci, très détaillée. Est-ce une faute ou un avantage ? En tout cas, cette technique ne correspond pas à l'esprit français. En France, on préfère les codes qui se bornent à indiquer les principes et les grandes lignes (1), mais l'expérience semble donner raison de plus en plus à la méthode germanique. Les nombreuses retouches que le législateur français a été amené à apporter à la loi de 1867 en font preuve. Certes, une loi qui veut tout prévoir perd de la souplesse ; mais si on préfère la souplesse, qu'on s'abstienne de codifier ; mieux vaut alors permettre à la jurisprudence d'élaborer une coutume cohérente. Mais le commerce a besoin plutôt de sécurité. Et s'il est peut-être vrai que chaque article tranchant une controverse en fait naître deux nouvelles, celles-ci sont en règle générale beaucoup moins importantes que ne l'était l'ancienne résolue par la loi.

Ces indications sommaires suffisent pour mettre en lumière l'influence qu'exercent encore à l'heure actuelle la terminologie, le style et la méthode du BGB, tant décrié dans ces dernières années. A quelques différences près, la Loi de 1937 est aussi minutieuse et précise, mais également aussi compliquée et inélégante que le Code de 1896.

§ 2. — Son caractère impératif

41. — La Loi ne donne pas seulement une réglementation très précise et très complète, ses dispositions sont en

(1) V. la critique de CAPITANT au *Projet de Rome d'une loi uniforme sur la vente commerciale*, Bull. Soc. Lég. Comp. 1935-36, p. 192 (Séance du 29 janv. 1936).

autre impératives, sauf bien entendu les exceptions et tempéraments dont on parlera tout de suite. Mais il faut d'abord se rendre compte du principe. Sous le régime du Code de Commerce, une partie de la doctrine (1) combattit la jurisprudence, qui qualifiait toujours les règles du droit des sociétés par actions comme étant, en principe, d'ordre public. Or, si le texte du Code de Commerce pouvait laisser subsister quelques doutes, la lettre et l'esprit de la nouvelle Loi ne le permettent plus. La Loi ne dit pas expressément que ses dispositions sont à l'abri des conventions des parties, mais elle le dit indirectement en mentionnant avec beaucoup de soin les cas où, par exception, une dérogation est possible (p. e. par la phrase : « Les statuts peuvent en disposer autrement »).

42. — Il va de soi que les dispositions en faveur des créanciers sont d'ordre public, mais cela n'est pas aussi naturel en ce qui concerne l'organisation intérieure de la Société. C'est sur ce terrain que se révèle la rigidité extraordinaire du droit allemand. Les rapports réciproques entre l'Assemblée Générale, la Direction et le Conseil de Surveillance, et les droits des actionnaires ne sont soumis au bon plaisir des associés que dans une mesure très limitée. Là où la loi ne l'autorise pas expressément, toute dérogation statutaire au régime légal, et *a fortiori* toute délibération de l'Assemblée Générale, même unanime, sont illicites. La Loi règle le fonctionnement de la société et la compétence de ses organes dans une cinquantaine de paragraphes ; on peut donc aisément se rendre compte que les sociétés allemandes sont loin de la liberté des sociétés françaises en cette matière.

Cependant, en France même, cette liberté se réduit de plus en plus : la loi de 1867 était déjà plus explicite et par là plus rigoureuse que le Code de 1807, les modifications apportées par les lois de 1893, 1903, 1913, 1930, les trois

(1) V. p. e. : BING, § 182, notes 38, 39, pp. 278-279 ; § 185, note 34, p. 336.

décrets de 1935 et le décret du 31 août 1937, ainsi que la loi de 1933 sur l'exercice du droit de vote, sont allés plus loin sur la même voie. L'expérience a en effet montré que l'autonomie de la Société sert souvent à violer les droits des minorités, voir de la majorité des actionnaires, au profit de quelques-uns, et à surprendre la bonne foi des tiers. Le changement continu des actionnaires fait que les parties d'aujourd'hui ne sont plus les parties de demain, d'où la nécessité de sauvegarder par des lois impératives les intérêts des actionnaires futurs.

43. — D'autre part, la Loi allemande connaît naturellement, elle aussi, des tempéraments du caractère d'ordre public. D'abord, c'est précisément la rédaction soignée et la minutie de la Loi qui fournissent une certaine garantie à la liberté des parties. L'interprétation des règles légales doit être stricte, et si une question n'est pas réglée, il faut plutôt supposer qu'elle a été abandonnée à l'accord des intéressés ou au vote de l'Assemblée, qu'appliquer par analogie une prohibition.

Mais, en outre, on trouve des tempéraments formels. Il y en a trois qu'on peut appeler : le renvoi aux Statuts (ou à l'Assemblée Générale) ; le renvoi au Ministre ; la clause de protection. Les deux derniers sont inconnus du droit français et inspirés, dans une certaine mesure, d'idées nationales-socialistes. Leur portée, dans un régime totalitaire et d'économie dirigée, est telle qu'on peut se demander s'ils ne changent pas tout le caractère de la Loi et ne condamnent pas quelques-unes de ses dispositions à rester lettre morte et à devenir des décorations spectaculaires sans vie réelle.

44. — Le renvoi aux Statuts (ou à l'Assemblée Générale) peut avoir différentes formes. Ou bien la règle légale ne vaut que « si les statuts n'en disposent autrement » ; elle est simplement supplétive ; ce cas est rare (exemples : § 70, al. 2, pouvoirs du président de la Direction ; § 113, al. 2, majorité requise à l'élection ; § 146₂ al. 1, majorité requise

pour la modification des Statuts) ; — ou bien la règle légale ne concerne que les principes et soumet les détails aux Statuts (exemples : § 92, al. 1, élection du président du Conseil de Surveillance ; § 114, al. 7, exercice du droit de vote) ; — ou bien la Loi permet de déroger à une prescription légale, mais seulement dans une certaine mesure (cf. § 114 al. 2 et les délais des §§ 114 al. 1, 125 al. 1 et 5, 126 al. 1, 127 al. 1) ou dans une certaine direction, p. e. en augmentant les majorités requises (§§ 103 al. 1, 146 al. 1, 149 al. 1, 160 al. 1, 169 al. 2, 175 al. 1, 192 al. 4, 203 al. 1 n° 2, etc.). Un renvoi à l'Assemblée Générale se trouve dans le § 145 al. 1 prop. 2 : l'Assemblée Générale peut conférer au Conseil de Surveillance le droit de faire les modifications purement rédactionnelles des statuts.

45. — Le renvoi au Ministre est une institution beaucoup plus grave et une singularité de la Loi allemande. Certes, en France, on connaît également le pouvoir réglementaire du Président de la République et, en matière de sociétés, le décret-loi du 8 août 1935 sur les contrôleurs prévoit un décret portant règlement d'administration publique, tout comme le § 29 de la Loi d'Introduction de la Loi de 1937 autorise le Ministre de l'Education Nationale à régler, d'accord avec le Ministre de la Justice, l'admission des contrôleurs et sociétés de contrôle. C'est encore dans le même cadre que les §§ 47, 134 et 142 contiennent diverses autorisations données au Ministre de la Justice de régler, d'accord avec le Ministre de l'Economie Nationale, le contrôle du règlement de comptes annuel, ainsi que l'articulation de ce dernier, ou que les §§ 77 al. 3 et 135 al. 3 chargent le Ministre de la Justice de faire fonctionner des tribunaux particuliers dits *Spruchstellen*.

46. — Mais le législateur allemand est allé beaucoup plus loin. Le dernier paragraphe (§ 32) de la Loi d'Introduction autorise le Ministre de la Justice à édicter des règles transitoires, à modifier les règles transitoires de la Loi d'Introduction, et à décréter en général des dispositions complétant la Loi sur les Actions ou la Loi d'Introduction.

Le Ministre est ainsi entièrement libre de détruire tout ce que la Loi a construit. Déjà le premier décret d'application du 29 sept. 1937 (*Bull. I*, 1026), porte atteinte à certaines réformes les plus en vue de la Loi. Ainsi le § 100 de la Loi prescrit que toutes les lettres d'affaires doivent énoncer les noms de famille et au moins un prénom de tous les membres de la Direction et du Président du Conseil de Surveillance. Or, l'art. V, § 19, du Décret, dispense de cette obligation un grand nombre d'écrits, et surtout dans son al. 2, « les lettres d'affaires adressées à des destinataires à l'étranger ». Autre exemple : le § 86, al. 2 de la Loi permet au Ministre de décréter des exceptions à la règle d'après laquelle la Société ne peut élire comme membre du Conseil de Surveillance une personne qui exerce déjà cette fonction dans dix autres sociétés ; or, nous le verrons, dans l'art. IV, § 18 du Décret, le Ministre a promptement usé de cette faculté (1).

46 bis. — Ici une remarque terminologique et de droit constitutionnel s'impose : Beaucoup d'auteurs français traduisent le mot allemand *Durchführungsverordnung* par « ordonnance » d'application. Cette traduction est inexacte et de nature à dissimuler les raisons pour lesquelles il faut critiquer l'importance toujours croissante de ces *Verordnungen*. En effet, le terme « ordonnance » n'a plus de sens précis en droit français actuel (2). Dans l'ancien droit,

(1) Les autres dispositions de ce décret concernent surtout le régime transitoire et les *Spruchstellen*. Le deuxième décret d'application, du 19 novembre 1937, *Bull. I*, 1300, est sans intérêt ; il étend seulement quelques dispositions de la Loi aux associations d'assurances mutuelles. En revanche, le troisième décret, du 21 décembre 1938, *Bull. I*, 1839, a également introduit des innovations importantes : La réunion des actions (cette expression signifie une réduction de leur nombre au profit d'une augmentation de leur montant nominal), l'amortissement forcé des actions à vote plural, la suppression du vote plural par décision simplifiée de l'Assemblée générale et la nécessité d'une autorisation ministérielle pour les clauses statutaires limitant le nombre des voix dont peut disposer un membre de l'assemblée générale.

(2) Il n'est pas question ici des « ordonnances » dans la procédure civile qu'on nomme en Allemagne *Verfügungen*. Malheureusement, ce terme *Verfügung* a en Allemagne un grand nombre de significations

il signifiait un acte solennel du chef d'Etat (Roi) agissant en qualité de suprême législateur. Le terme qui correspond en allemand est *Erlass*. Les *Durchführungsverordnungen* n'ont rien de commun avec de tels actes solennels. Ce sont au contraire de simples actes du pouvoir exécutif, pris en vertu d'une délégation donnée par le pouvoir législatif. Les « autorisations des ministres » dans la Loi de 1937 sont précisément de telles délégations. Or, pour les actes de ce genre, la langue juridique française connaît un terme technique, c'est le terme « décret ». Notre critique de l'hypertrophie des *Durchführungsverordnungen* ne fait donc que reprendre un grief bien connu des juristes français qui se plaignent, eux aussi, des excès de la législation par décrets.

Il est vrai que la différence entre une loi et un simple décret n'est pas si sensible en Allemagne qu'en France, puisqu'il n'y a pas de Parlement et que la confusion des pouvoirs est complète (1). Toutefois, il y a aussi en Allemagne une certaine distinction à faire entre une loi, délibérée et adoptée par le Conseil des Ministres et proclamée par le *Führer* en personne, et un simple décret signé par un ou deux ministres ou sous-secrétaires d'Etat. La législation par décret ministériel risque toujours de dégénérer en une législation d'occasion en faveur de certains intérêts particuliers ayant l'oreille du ministre ou d'un sous-secrétaire dans un ministère.

47. — Ce danger est encore plus frappant dans les cas où il est permis au ministre de déroger à la Loi, non seu-

juridiques ; en droit public : « arrêté » (dans le sens d'un acte administratif dirigé contre un ou plusieurs individus déterminés), et « règlement d'administration publique » ; ainsi nous retrouverons plus loin la *Handelsregisterverfügung*, c'est-à-dire, le règlement d'administration publique du Registre du commerce. En droit privé, *Verfügung* signifie tout acte translatif, modificatif ou extinctif d'un droit par opposition au simple engagement (*Verpflichtung*).

(1) V. M^{me} Marg. STOFFEL, *La dictature du fascisme allemand*, thèse, Paris, 1936, p. 11 ss. ; COT, *La conception hitlérienne du droit*, Paris, 1938, pp. 43 ss.

lement en édictant des règles générales, mais en octroyant des dispenses d'après les circonstances de l'espèce. Cette autorisation « d'admettre des exceptions, si le bien de la Société ou les intérêts de l'économie nationale l'exigent » se trouve par exemple dans le § 12 de la Loi, qui est un des plus importants, puisqu'il interdit les actions à vote plural. L'idée de tempérer l'interdiction de ces actions par des dispenses ministérielles n'est pas d'origine nationale-socialiste ; elle se trouvait déjà dans la proposition Breitscheid et autres, discutées dans la Commission de Législation civile de la Diète allemande les 4 et 5 février 1932. Le porte-parole du Ministère de l'Economie nationale repoussa ce cadeau de pleins pouvoirs : « Une telle décision », dit-il, « a toujours un arrière-goût politique, et le rejet d'une demande sera toujours soupçonné d'être inspiré par des mobiles politiques. » Le législateur national-socialiste a moins de scrupules ; aucun contrôle parlementaire n'existe plus ; lesdits soupçons ne peuvent plus se faire entendre. Les pleins pouvoirs ministériels étant très sympathiques aux auteurs de la Loi de 1937, ils n'ont pas hésité à les étendre à un grand nombre de questions de toute première importance : § 7 (montant minimum du capital social), § 8 (montant minimum des actions), § 65 (achat par la Société de ses propres actions), § 86, al. 1 (nombre maximum des membres du Conseil de Surveillance), § 183 (réduction simplifiée du capital avant la suppression des réserves). Voilà une nouvelle preuve de cette vérité ancienne pour laquelle un auteur américain a trouvé la formule heureuse : « Quand les Chambres sont abolies, les anti-chambres florissent » (1).

48. — L'intervention du Ministre peut être défendue à la rigueur par l'argument que c'est le représentant officiel de l'intérêt public qui doit avoir la possibilité d'adapter la loi aux besoins urgents et impérieux de la vie nationale

(1) Cf. LEWENSTEIN, 15 (1936), *Yale Law Journal*, 797 (787), *Law in the Third Reich*.

économique. Mais la Loi admet encore un autre genre d'exceptions à ses règles, savoir les « clauses de protection » qui permettent à la Direction de se soustraire à l'obligation de répondre aux questions des actionnaires ou au devoir de faire un rapport annuel complet « si les intérêts supérieurs de la Société ou d'une entreprise intéressée ou le bien commun du Peuple et de l'Empire l'exigent. » Une formule semblable se trouvait déjà dans le § 260 a, al. 4, inséré dans le Code de commerce par la réforme de 1931, avec cette légère différence que le législateur de 1937 a substitué à l'expression simple et claire « intérêt général » (*Interesse der Allgemeinheit*), la locution pompeuse et archaïque « bien commun du Peuple et de l'Empire » (*der gemeine Nutzen von Volk und Reich*). Cette clause fut saluée par les partisans de l'*entreprise en soi* qui y voyaient, non sans raison, une victoire de leur idée. La Loi de 1937, dont la tendance générale est encore plus favorable à cette idée que ne l'était le Code de commerce après la réforme de 1931, et dont le § 70, al. 1 charge expressément la Direction de la sauvegarde de « l'intérêt de l'établissement et de sa suite (c'est-à-dire, du personnel) et du bien commun du Peuple et de l'Empire » n'a pas seulement repris l'ancien alinéa 3 du § 260 a, C. com., dans l'al. 3 du § 128 qui règle le rapport annuel, mais elle a en outre utilisé la clause de protection, pour dévaluer d'emblée le droit nouvellement créé de l'actionnaire de poser dans l'Assemblée Générale des questions à la Direction (§ 112, al. 3). On reviendra plus loin, lors de l'examen des §§ 112 et 128, sur la clause de protection. Ici, il suffit de la signaler et de relever le danger qui peut en résulter, alors surtout que la jurisprudence a une certaine tendance de suivre l'invitation de quelques auteurs (1), d'étendre le principe de cette clause par analogie à d'autres obligations de la Direction. Mais, à l'heure actuelle, il n'est rien moins que certain que les tribunaux s'engageront réellement dans cette voie.

(1) V. surtout NETTER, *ZHR.* 1932, 136 ; *JW.* 1932, 691.

§ 3. — Les Rapports de la Loi avec le Code civil, le Code de commerce et la Loi sur la Juridiction gracieuse

49. — Tandis que le Code de commerce de 1861 forma un système cohérent et indépendant de règles de droit, le Code de commerce de 1897 n'est qu'une dépendance du Code civil de 1896. L'article 2 de sa Loi d'Introduction déclare applicables en matière commerciale, les dispositions du Code civil, dans la mesure où le Code de commerce n'édicte pas de règles différentes. Tant que le droit des sociétés par actions était compris dans le Code de commerce, il n'y avait donc aucun doute que les sociétés par actions étaient gouvernées, en principe, par les règles générales du Code de commerce et du Code civil. La Loi de 1937 a détaché le droit des sociétés par actions du Code de commerce, soit par hostilité contre les grands codes censés périmés et condamnés à être remplacés par une pluralité de grandes lois (1), soit — explication plus simple — parce que l'augmentation du nombre des paragraphes était trop considérable et interdisait une incorporation dans le Code de commerce. Mais, au fond, rien n'a été changé. Le droit des sociétés par actions reste une partie intégrante du droit commercial et, par là, du droit privé, malgré une certaine tendance de considérer la Société et ses directeurs comme gardiens d'intérêts publics.

50. — Le droit privé allemand ayant encore, à l'heure actuelle, ses bases dans le BGB, il est naturel que la Loi de 1937 s'y réfère constamment d'une manière implicite. La portée de ses dispositions ne peut être bien saisie si l'on ne se rappelle pas toujours leur enchaînement avec celles du Code civil. La Loi n'a cependant pas adopté toutes les distinctions terminologiques, parfois assez subtiles, du Code civil allemand. Surtout, elle ne connaît pas la différence entre « devoir » (*sollen*) et « devoir à peine de nul-

(1) V. le rapport de M. HOFMANN sur le discours de M. SCHLEGEL-BERGER du 25 janvier 1937, D. R. p. 79.

lité » (*müssen*). En revanche, la Loi emploie le terme « est défendu » (*darf nicht*) dans un sens technique ; c'est une allusion au § 134 C. c. qui déclare nulles les opérations contraires à une prohibition légale. Cet emploi du terme « *darf nicht* » est rare dans le Code civil qui préfère l'expression « *kann nicht* » (ne peut pas) qui se trouve également, mais moins souvent, dans la Loi de 1937.

51. — La cloison étanche qui existe en droit allemand entre l'obligation de donner et son exécution, contraire à l'article 1138, C. c. français, se fait sentir également dans le droit des sociétés. La validité ou la nullité de l'obligation n'agit pas de plein droit sur celle du transfert, de la modification ou de l'extinction d'un droit réalisé en exécution de cette obligation. Si l'acte de disposition (*Verfügung* : c'est le terme du BGB pour désigner les actes juridiques portant transfert, modification ou extinction d'un droit) est valable, tandis que le rapport obligatoire qui y a donné lieu ne l'est pas, c'est dans les règles sur l'enrichissement sans cause, contenues dans les §§ 812 ss. du C. c. allemand, qu'il faut chercher la solution définitive. Or, ces règles, bien que le législateur de 1896 se soit donné beaucoup de peine à les rendre complètes et précises, sont assez complexes et controversées. Nous aurons plusieurs fois l'occasion de mettre en lumière les conséquences de ce système en matière de droit des sociétés.

52. — Toutefois, on verra plus loin qu'une des plus importantes parties du droit civil ne s'applique pas, ou, au moins, ne s'applique qu'avec des réserves sensibles dans le droit des sociétés : D'après une jurisprudence ancienne et constante, les nullités pour vice de consentement ou pour immoralité ne peuvent être opposées par le souscripteur ou l'actionnaire à la Société. Mais cette particularité même n'est peut-être pas une exception aux règles du droit civil, puisque quelques arrêts récents — très discutés, il est vrai — l'appliquent également aux sociétés civiles. Elle ne réfute en aucun cas que, sauf disposition formelle en

sens contraire, l'application subsidiaire des règles du droit civil reste le principe.

53. — Il y a encore une autre loi générale qui reste de la plus grande importance pour les sociétés par actions, savoir la Loi de l'Empire sur les Affaires de la Juridiction Gracieuse du 17 mai 1898. La loi de 1937 y renvoie à diverses reprises, surtout dans les §§ 295, n° 5, 196, al. 2 et 216, al. 3. Mais le rôle de la Loi sur la Juridiction Gracieuse dépasse de beaucoup les hypothèses, d'ailleurs très importantes, visées par ces dispositions. C'est la conséquence de l'importance capitale du Registre du Commerce et du juge préposé à la tenue de ce registre, en droit commercial allemand. On verra plus loin que ce juge n'intervient pas seulement en vue d'assurer les actes de publicité prescrits, mais exerce un contrôle permanent sur l'observation des règles fondamentales du droit des sociétés, de même que le Juge des Tutelles, l'autre grand magistrat de la juridiction gracieuse, surveille continuellement la vie familiale et surtout la gestion des tuteurs. Or, si les prérogatives du Juge du Registre du Commerce sont fixées dans le Code de commerce (surtout § 14) et dans la loi sur les sociétés par actions (surtout § 303), la compétence et la procédure sont réglées dans la septième section de la Loi de 1898 qui porte le titre : *Matières commerciales*.

**§ 4. — Les dispositions intéressant les sociétés
par actions, en dehors de la Loi de 1937**

54. — La Loi de 1937 n'est pas seulement restée en étroite dépendance des principes généraux du droit civil et commercial — ce qui était inévitable, — il n'englobe même pas toutes les dispositions qui concernent plus particulièrement les sociétés par actions. Avant d'aborder l'étude de la Loi de 1937, il est donc indispensable de jeter un coup d'œil sur les plus importantes de ces dispositions dispersées dans différents textes et de caractère et d'importance fort inégaux.

55. — C'est d'abord le Code civil allemand, qui contient, dans le chapitre consacré aux associations, plusieurs règles qu'on applique par analogie aux sociétés par actions. Deux de ces règles ont été intégrées dans la Loi de 1937 : le § 29 sur la nomination judiciaire de membres de la Direction en cas de besoin (cf. § 76 de la Loi) et le § 43 relatif à la dissolution administrative (cf. les §§ 288 ss. de la Loi).

Mais deux autres règles, qui ont joué dans la pratique des sociétés par actions un rôle beaucoup plus considérable que les §§ 29 et 43, savoir les §§ 31 et 35, n'ont pas de correspondantes dans la Loi de 1937. Le § 31 édicte la responsabilité de l'association pour tout fait dommageable commis par un « représentant statutaire » (*verfassungsmässig berufener Vertreter*) dans l'exercice de ses fonctions. Le § 35 soustrait les « droits particuliers » (*Sonderrechte*) des membres aux décisions de l'Assemblée Générale prises sans le consentement de ces membres. Ces deux matières importantes — la responsabilité pour les faits illicites des directeurs, et les « droits propres » des associés — sont donc restées sans réglementation spéciale adaptée aux besoins des sociétés par actions. Nous exposerons plus loin les problèmes qui en résultent dans les chapitres sur les directeurs et sur les droits propres des actionnaires.

56. — La faillite et le concordat préventif de la faillite des sociétés par actions restent réglés par les lois sur la faillite et sur le concordat préventif. Cela se comprend aisément, car, pour compléter la Loi sur ces points, on aurait dû mutiler lesdites lois plus anciennes (la loi sur la faillite est du 10 février 1877, la loi actuelle sur le concordat préventif est du 26 février 1935).

Sont également restées en dehors de la codification de 1937 trois lois récentes, savoir :

57. — a) la Loi sur la Distribution des Bénéfices des Sociétés de Capitaux (Loi sur les Stocks d'Emprunts) du 4 décembre 1934, modifiée par la Loi du 9 décembre 1937

et complétée par trois décrets du 27 février 1935, du 18 avril 1935 et du 9 décembre 1937.

Cette loi est temporaire et doit expirer, suivant la Loi du 9 décembre 1937, après l'exercice social 1939-40. Elle concerne toutes les sociétés de capitaux et non seulement les sociétés par actions. Tant qu'elle est en vigueur, elle gêne sensiblement la distribution de dividendes et le financement des sociétés par actions. Elle impose en effet le placement de tous les dividendes supérieurs à 6 % en titres d'emprunts publics achetés et administrés pour le compte des actionnaires par la Banque allemande des Escomptes-or, et elle subordonne toute émission d'actions nouvelles, d'obligations bénéficiaires et de droits de jouissance à l'autorisation ministérielle (1).

58. — b) La Loi sur la Transformation des Sociétés de Capitaux, du 5 juillet 1934, avec ses décrets complémentaires du 15 décembre 1934, 17 mai 1935, 2 décembre 1936 et 24 juin 1937. C'est également une législation temporaire ; d'après le décret du 24 juin 1937, elle expire le 31 mars 1941. Elle concerne également toutes les sociétés de capitaux et complète ainsi la troisième partie du troisième livre de la Loi de 1937 qui ne prévoit que la transformation d'une société par actions ou en commandite par actions dans une autre forme de société de capitaux, tandis que la Loi sur la Transformation permet la transformation en une société de personnes. L'importance pratique de cette législation, due surtout aux avantages fiscaux qui avaient été parallèlement accordés à cette transformation par une loi du 5 juillet 1934, complétée par des décrets du 8 mars 1935, 7 juin 1935, 2 décembre 1936 et 24 juin 1937, apparaît d'une indication officielle d'après laquelle, jusqu'à la fin de l'année 1937, environ 1500 sociétés se sont transformées ou dissoutes en vertu de la Loi du 5 juillet 1934 (2). Ce sont sans

(1) V. sur cette législation qui ne sera pas traitée ici : H. KAHLERT, *Das gesamte Anleihestockrecht*, Berlin, 1937 ; DOMKE, *La législation allemande sur les stocks d'emprunt*, Bull. Soc. Lég. comp., 1938, 66.

(2) QUASSOWSKI, *Rapport sur l'activité de la section de droit public*

doute pour la plupart des sociétés à responsabilité limitée, mais le nombre des sociétés par actions est certes aussi important et s'accroîtra peut-être, puisque les sociétés par actions d'un capital inférieur à 100.000 RM doivent se transformer jusqu'au 31 décembre 1940, sous peine d'être dissoutes (§ 2, al. 2, Loi d'Introduction, 1937). Toute la matière est trop spéciale et trop complexe pour qu'elle puisse être traitée ici (1).

59. — c) La Loi sur la Dissolution et la Radiation de Sociétés et de Coopératives, du 9 octobre 1934 (Bull. I, 914). Cette loi n'est pas temporaire ; elle concerne les sociétés par actions, en commandite par actions et à responsabilité limitée, son § 2 en outre les coopératives. Son § 1, qui prévoit la dissolution en cas de rejet, pour insuffisance d'actif, de la demande en ouverture de la faillite, a été incorporé, mais en partie seulement, dans la Loi de 1937 (§ 203, al. 1, n° 4). Le § 2, réglant la radiation d'office dans le Registre du Commerce des sociétés sans actif, n'est pas mentionnée dans la Loi de 1937. Il a déjà donné lieu à des difficultés d'interprétations et à des décisions judiciaires (2). La Loi, en tant qu'elle est relative aux sociétés par actions, complète la première section de la huitième partie de la Loi du 30 janvier 1937 et sera étudiée par conséquent dans le chapitre consacré à la dissolution des sociétés par actions.

et de droit comercial du Ministère de la Justice en 1937, DJ 1938, 14. Le mouvement a cessé depuis l'expiration des facilités fiscales, à la fin de l'année 1937, v. HERBIG, B. A. 1938, n° 12.

(1) Cf. HERBIG et KAEMMEL, *Das Recht der Umwandlung von Kapitalgesellschaften*, 1937 ; CRISOLLI, GROSCHUFF et KAEMMEL, *Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften* (Transformation et Radiation de Sociétés de Capitaux), 3^e éd., Berlin, 1937 ; BÖTTCHER et MEILICKE, *Umwandlung, Verschmelzung, Auflösung* (Transformation, Fusion et Dissolution), 4^e éd., Berlin, 1937 ; Carl LACHMANN, *Le retour à la responsabilité personnelle dans le droit commercial allemand*, Bull. Soc. Lég. comp., 1937, 263.

(2) Cf. CRISOLLI, JW. 1934, 2657 ; MAROWSKI, JW. 1938, 11 ; Trib. d'Emp., 27 avril 1937, RGZ. 155, 42 ; JW. 1937, 2281, n° 13, note GROSCHUFF, AkZ, 1937, 567, note SÜSS ; Trib. d'Emp., 12 octobre 1937, JW. 1937, 3161, n° 18, note DIETRICH.

60. — Malgré la Loi de 1937, la législation allemande des sociétés par actions reste donc un ensemble complexe de textes, même si l'on fait abstraction des textes de droit administratif et fiscal et des régimes spéciaux auxquels sont soumis certains genres de sociétés, en particulier les sociétés d'assurances et les sociétés de banque.

Mais la centralisation des textes est compromise encore davantage par les décrets d'application de la Loi même, qui, nous l'avons déjà signalé, ne précisent pas seulement quelques détails, mais souvent édictent de véritables restrictions ou dérogations à quelques-unes des dispositions les plus importantes de la Loi. Dans les chapitres qui suivent, nous avons toujours pris soin, bien entendu, d'exposer le droit tel qu'il existe, non pas d'après la seule Loi, mais d'après la Loi modifiée et complétée par les décrets.

CHAPITRE PREMIER

LES CARACTERES ESSENTIELS DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

§ 1. — La Société par Actions est une Société

61. — « La société par actions est une société » dit le § 1^{er} de la Loi de 1937 qui donne pour la première fois dans l'histoire du droit commercial allemand une définition de la société par actions. Cette affirmation paraîtra au juriste français un truisme superflu. Aux yeux de la doctrine traditionnelle allemande, elle est une hérésie. Le terme « société » (*Gesellschaft*) a en effet en Allemagne un autre sens qu'en France. En France, c'est le but lucratif qui distingue la société de l'association (art. 1832 C. c. français). En Allemagne, d'une part, le but lucratif n'est pas nécessaire aux sociétés (§ 705, C. c. allemand), d'autre part, on connaît des associations (*Vereine*) ayant pour objet une « entreprise économique » (§ 22, C. c. allemand).

62. — La différence entre la société et l'association n'est pas pour cela moins grande en Allemagne. Au contraire, l'école romaniste aussi bien que l'école germaniste ont fait tout leur possible pour approfondir l'abîme qui se creuse entre ces deux notions (1). Pour l'école romaniste, l'asso-

(1) V. SIEBERT, *Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände* (L'Essence de la Personnalité morale des Collectivités du Droit privé), *DJZ* 1935, 713 ss., surtout sous III, col. 716-720.

ciation est une « *universitas personarum* », c'est-à-dire un sujet de droit avec lequel les membres n'ont que des rapports de créanciers et de débiteurs, il n'existe aucun lien entre les membres ; la société, au contraire, est la « *societas* » du droit romain qui n'est pas un sujet de droit, mais un rapport contractuel entre plusieurs personnes qui, elles seules, sont sujets de droit. L'école germaniste de G. von Beseler et O. von Gierke combattait ces conceptions. Elle reprochait cependant l'association des collectivités du droit public en la qualifiant, comme celles-ci, de « corporation » (*Körperschaft*), une de ces notions très abstraites et générales chères à la doctrine allemande du xix^e siècle.

Les rapports entre la « corporation » et ses membres ne relèvent pas du droit des obligations, mais du droit des personnes, ce sont des rapports d'une nature propre et beaucoup plus intimes que ceux entre créancier et débiteur. La société, elle, n'est pas non plus un rapport contractuel ordinaire, c'est une « main indivise » (*Gesamthand*), un rapport personnel très étroit entre les parties qui ne peuvent agir que toutes ensemble. La distance entre corporation et main indivise n'est guère moins grande que celle entre *universitas* et *societas*. Toujours, l'association est quelque chose « au-dessus » des membres, la société quelque chose « entre » les associés.

63. — Sur les critères qui distinguent l'association de la société on était par conséquent d'accord, sauf controverse sur quelques questions de détail : ici, *intuitus personae*, là, fongibilité des membres ; ici, gestion par les associés ou un d'eux chargé de les représenter, là, administration par des « organes » prévus par les statuts et munis de compétences déterminées (séparation des pouvoirs), organes composés de personnes élues qui ne sont pas nécessairement des membres, ceux-ci étant en principe réduits au droit de vote dans l'Assemblée Générale où règne la loi de la majorité. Quelques auteurs ajoutaient : Ici se trouve à la base un contrat synallagmatique, le contrat de société, là un acte-union, l'adhésion à l'acte constitutif ; la personnalité morale était

souvent considérée comme incompatible avec une vraie société (1).

64. — La société et l'association étant ainsi distinguées, l'opinion dominante avait raison de considérer la société par actions, malgré son nom, comme une « association » et non pas comme une « société » (2). Cette classification aurait été sans danger si l'on n'en avait pas tiré la conséquence que les actionnaires n'ont aucun rapport juridique entre eux, de sorte qu'on ne saurait faire un reproche à la majorité de léser les intérêts de la minorité d'une manière égoïste, contraire au but même la société. Cet esprit individualiste régnait non seulement dans la doctrine, mais aussi dans la jurisprudence d'avant-guerre (3). Mais les tristes expériences de l'époque de l'inflation et le courant socialiste, dans le sens le plus large du mot, tel qu'il apparaît aussi dans la théorie de « l'entreprise en soi », opéraient un revirement de la jurisprudence (4). Elle se trouvait cependant encore tellement dans les liens de la construction de la doctrine classique qu'au lieu d'appliquer tout simplement aux rapports entre les actionnaires le § 242 C. c. allemand, qui prescrit l'observation des règles de la bonne foi dans l'exécution des obligations, elle construisait un devoir de fidélité — non pas d'un actionnaire envers l'autre, cela aurait été contraire au dogme de l'inexistence de tout lien entre les membres d'une corporation, mais — entre les actionnaires d'une part et la société d'autre part (5). C'est pour subs-

(1) V. sur les différentes opinions v. STAUDINGER, *BGB*, I, éd. 1936, par RIEZLER, notes 7-10 avant § 21.

(2) Ainsi le § 6, al. 2 C. com. parle des « associations » auxquelles la loi attribue la qualité de commerçants sans égard à l'objet de l'entreprise ; il vise entre autres les sociétés par actions.

(3) V. FLECHTHEIM, note 2 avant § 210.

(4) V. sur le développement de la jurisprudence : RITTER, *JW* 1934, 3025 ; cette jurisprudence s'appuyait d'abord principalement sur la règle de la nullité des actes contraires aux bonnes mœurs, § 138, C. c. allemand.

(5) Cette idée apparaît pour la première fois dans Trib. d'Emp., 20 octobre 1923, *RGZ* 107, 202 (204) ; longtemps négligée au profit du principe général du respect des bonnes mœurs, elle a été mise en avant

tituer à cette construction artificielle une base plus solide que la Loi de 1937 a formellement défini la société par actions comme « société » (1).

65. — La loi s'est ainsi rapprochée de la théorie de M. K. WIELAND qui avait toujours combattu la théorie dualiste et la cloison étanche par laquelle elle divise tous les groupements humains en corporations et en sociétés (2). Avec raison, cet auteur avait remarqué que c'est tomber dans les pires erreurs du conceptualisme que de conclure de l'absence de l'*intuitus personae* et du régime de la loi de la majorité dans un groupement à l'absence de tout engagement entre les membres. En effet, l'argumentation dualiste avait sa seule base dans le fait que, dans les groupements où l'*intuitus personae* et le droit de gestion de tous les associés sont les plus accentués, les engagements réciproques sont les plus forts, savoir dans les sociétés du droit civil, tandis que, dans les corporations du droit public, où l'*intuitus personae* et le droit de coadministration des membres sont presque nuls, aucun lien particulier n'existe entre ces membres. Rien n'exclut cependant l'existence de formes intermédiaires.

66. — La question reste naturellement ouverte de savoir jusqu'où il faut aller dans la reconnaissance d'engagements

de nouveau dans Trib. d'Emp., 4 décembre 1934, *RGZ* 146, 77, et 29 janvier 1935, *RGZ* 146, 395 ; *JW* 1935, 1550, note SIEBERT. Cf. déjà l'arrêt du 31 mars 1931, *RGZ* 132, 149 (163) : « Le droit d'agir par voie de résolution majoritaire avec effet pour et contre la minorité et de disposer ainsi des droits patrimoniaux de celle-ci inclus dans la société, implique le devoir *social* de la majorité de tenir compte des intérêts justifiés de la minorité et de ne pas les léser indûment. »

(1) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 1, notes 4 et 5, p. 104.

(2) K. WIELAND, *Handelsrecht*, I, § 35, pp. 396 ss. ; II, § 95, I, *in fine*, p. 72. En France, cette théorie est classique ; la théorie dualiste fut introduite sous l'influence allemande par THALLER : « Lorsqu'on se tourne vers la société par actions... il n'y a pas de lien immédiat établi d'homme à homme mais une série de rattachements individuels à un ensemble, à un bloc, qui est l'entreprise elle-même » (D. P. 1893, I, 107). Dans cette note de THALLER, on voit clairement le but pratique de toutes ces constructions et distinctions : expliquer le droit de la majorité de modifier toutes les clauses du pacte social.

entre les associés. La structure de la société par actions exclut la reconnaissance de devoirs positifs des membres. Tout ce qu'on peut exiger d'un actionnaire c'est de s'abstenir, dans l'exercice de ses droits sociaux, d'actions contraires à l'intérêt de la Société, et surtout, ainsi qu'il est dit dans le § 197, al. 2 de la Loi, de chercher des avantages particuliers étrangers au but de la Société (1). On peut se demander si l'arrêt précité du 29 janvier 1935, subordonnant l'exercice par un actionnaire de l'action en annulation d'une décision illégale de l'Assemblée Générale à ce que cet exercice ne soit pas abusif, ne va pas déjà trop loin (2). Mais ce sont des questions spéciales qui doivent être résolues par des raisons spéciales. On tomberait dans la même faute qu'on a critiquée chez les « dualistes » si l'on tentait d'y répondre en prenant pour base la seule notion de la société, par exemple, en recourant au droit des sociétés civiles. Le terme « société » dans le § 1 de la Loi est l'affirmation d'un principe, l'indication d'une tendance, rien de plus.

67. — Pour établir ce principe, était-il vraiment nécessaire de faire appel à l'idée — provenant de la théorie de l'entreprise en soi — que les actionnaires ont l'engagement réciproque de collaborer (qui dit société dit collaboration) en vue de l'intérêt de la Société, intérêt qui peut être distinct de l'intérêt des actionnaires actuels ? Etant donné que le devoir de collaboration se réduit forcément dans une société anonyme à celui de ne pas se servir de ses droits de coadministration pour léser les intérêts de la société et des autres actionnaires, la théorie de l'abus de droit n'aurait-elle pas suffi ? Nous ne le croyons pas : l'abus de droit est le détournement d'un droit de son but (3) ; or, il s'agit précisément

(1) Contre une responsabilité plus étendue des actionnaires entre eux, v. récemment Trib. d'Emp., 21 septembre 1938, *JW* 1938, 3247, n° 27, *RGZ* 158, 248 (254/255).

(2) C'est p. ex. l'opinion de R. GOLDSCHMIDT, *Grundfragen*, p. 50.

(3) V. JOSSEFRAND, *Evolutiones et Actualités*, Paris, 1936, IV : Relativité et Abus des Droits, p. 75 ; *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité*, 2^e éd. 1939, n° 292, p. 394.

de fixer ce but et les limites objectives et subjectives des droits accordés aux actionnaires. La qualification de la société par actions comme « société » et le rappel que les actionnaires sont par conséquent liés par un contrat de société ne sont donc pas inutiles (1).

68. — Il est vrai que la notion de société risque ainsi de dégénérer en une désignation générale pour tous les groupements, au moins pour tous les groupements librement créés du droit privé, mais peut-être même, débordant ce cadre, pour des groupements tels que la masse des créanciers dans la faillite (2). L'extension plus ou moins grande dépendra de la mesure dans laquelle on voudra imposer aux membres de ces groupements des égards envers les autres membres dépassant le degré de loyauté que chacun doit à ses concitoyens, degré minimum que la loi spécifie en renvoyant aux bonnes mœurs (3). Peut-être s'apercevra-t-on que le critère des bonnes mœurs est insuffisant précisément dans les groupements à but lucratif. On arriverait ainsi à la conception française de la société.

69. — Mais on ne saurait attribuer trop d'importance à ces questions de terminologie. Ce qu'on appelle une construction juridique — et la définition de la société par actions comme société en est une — loin d'être le but et le dernier résultat de la science, n'est en vérité qu'un moyen secon-

(1) Les plus récentes monographies françaises sur la protection des minorités et de l'actionnaire individuel partent avec raison de l'idée du contrat de société à la base de la société anonyme, v. René DAVID, *Protection des Minorités*, thèse, Paris, 1928, n° 27, p. 29 ; J. DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, *Les Droits propres de l'Actionnaire*, thèse, Poitiers, 1937, p. 60, n° 64, v. aussi la préface de M. H. ROUSSEAU, p. II.

(2) Dans un arrêt du 19 avril 1935, RGZ 148, I, le Trib. d'Emp. déclare que le groupement des obligataires prévu par la Loi de 1899 ressemble plutôt à la masse des créanciers d'une faillite qu'à une assemblée générale d'actionnaires (p. 15) ; néanmoins, il parle dans le même arrêt (p. 16) d'un «devoir de fidélité envers la communauté juridique de l'ensemble des obligataires, instituée par la Loi».

(3) V. § 826, C. c. allemand, qui oblige aux dommages-intérêts celui qui lèse autrui par des actes dolosifs et contraires aux bonnes mœurs.

daire. Impropre à la recherche ou à la justification de la solution exacte d'un problème quelconque, elle ne sert légitimement que d'artifice mnémotechnique rattachant une solution ou un ensemble de solutions, trouvées et prouvées ailleurs, à tel ou tel texte ou à telle ou telle institution connue (1). Ce n'est pas parce que la société par actions est une société qu'on doit reconnaître certains devoirs des actionnaires, mais c'est parce que ces devoirs se sont avérés indispensables qu'on appelle, pour ne pas l'oublier, la société par actions une société, en la rapprochant ainsi de la société du droit civil et des sociétés de personnes du droit commercial où le lien personnel entre les associés est manifeste. En logique pure, on pourrait avec autant de droit exalter la différence profonde qui distingue la société anonyme des sociétés proprement dites.

70. — La comparaison s'impose avec la théorie française de l'institution, telle qu'elle a été développée en droit des sociétés anonymes par M. GAILLARD (2). Lui aussi affirme le caractère de société de la société anonyme en vue d'exiger l'observation des règles de la bonne foi et le respect du but social dans les rapports entre les actionnaires. Mais cet exemple met précisément en évidence que par les seuls termes « institution », « contrat », etc. rien n'est encore gagné. Quelques partisans de la théorie institutionnelle contestent la base contractuelle de la société pour y substituer un acte-union (3) ; en Allemagne, cette dernière notion, de même

(1) La matière des corporations et personnes morales est, avec celle des effets de commerce, le domaine préféré du conceptualisme juridique et de sa fausse logique. En Allemagne, c'est le mérite des écoles dites du « droit libre » de H. KANTOROWICZ (dernier ouvrage : *Tat und Schuld*, Zurich, 1933), et de l'Appréciation des Intérêts (*Interessenjurisprudenz*) de Ph. HECK (depuis : *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tubingen, 1914) d'avoir combattu ces erreurs.

(2) GAILLARD, *La Théorie institutionnelle et le Fonctionnement de la Société anonyme*, thèse, Lyon, 1932, pp. 21 ss.

(3) Cf. HAURIOU, *L'Institution et le Droit statutaire*, p. 179 ; P. LESCOT, *Période constitutive des Personnes morales*, Paris, 1913, pp. 194-99 ; cette faute est cependant évitée par M. GAILLARD, qui (p. 37) « ne nie pas que la Société ait été fondée par un contrat ».

que celles d'institution et de corporation, a précisément servi à exclure les sociétés par actions des sociétés proprement dites. C'est pourquoi le législateur de 1937 a expressément répété dans le § 2 le terme « contrat de société ». Ce terme qui se trouvait déjà dans le § 182, C. com., avait été beaucoup critiqué par les partisans de l'acte-union (*Gesamtakt*) (1), qui croyaient justifier par leurs constructions la jurisprudence déjà mentionnée — et dont on exposera plus loin les détails — sur l'inattaquabilité de la constitution ou de la souscription pour vice de consentement ou lésion. Cette opinion méconnaissait le rôle tout à fait secondaire des « constructions » et la tâche des juristes qui n'est pas de forger des termes nouveaux, mais de trouver un système cohérent de décisions dans les conflits typiques d'intérêts, en appréciant ces intérêts et les différentes solutions possibles, selon l'idée de justice telle qu'elle existe dans la conscience générale (2) et est exprimée d'une manière plus concrète et authentique dans la loi. Du reste, comme il était à prévoir, ladite théorie a été démentie par la jurisprudence qui a dû étendre l'exclusion des nullités pour vice de consentement et pour lésion aux sociétés de personnes dont le caractère contractuel est hors de doute (3). C'était donc tout

(1) La théorie de l'acte-union est très controversée en Allemagne, v. récemment RIEZLER, § 25, notes 5-8 ; BING, § 82, note 18 ; mais elle a aussi d'ardents défenseurs : v. SIEBERT, *Die allgemeine Entwicklung des Vertragsbegriffs*, Deutsche Landesreferate zum II. internationalen Kongress für Rechtsvergleichung im Haag 1937, suppl. de la Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1937, pp 199 ss. (p. 201 et surtout 212-13 sous IV).

(2) On a contesté l'existence d'une conscience générale des valeurs en relevant les oppositions profondes entre les jugements de valeur des hommes des différentes époques et pays et même à l'intérieur du même pays à un moment donné. Il nous semble cependant que, dans les pays de notre civilisation au moins, cette opposition ne soit pas irréductible et que l'identité des idées du bien et du mal soit obscurcie par un manque de sincérité (les valeurs proclamées ne sont pas les valeurs éprouvées) et par des divergences sur des questions de fait, cf. nos observations à propos du livre de M. V. KRAFT, *Wissenschaftliche Wertlehre*, Vienne, 1937, Rev. int. Théorie du Droit, 1938, pp. 262-3.

(3) Cf. Trib. d'Emp., 13 octobre 1933, RGZ 142, 98 (103) ; 6 avril 1935, RGZ 147, 257 (262) avec références aux arrêts antérieurs, v. aussi RIEZLER, note 24 avant § 116.

à fait logique de la part du législateur allemand de consacrer ce qu'on appelle en France le caractère institutionnel de la société par actions, en la définissant de *société* créée par un *contrat*.

§ 2. — La Société par Actions est une Personne morale

71. — Le § 1^{er} de la Loi, après avoir qualifié la société par actions de société, continue : « avec une personnalité juridique propre » et le § 48, al. 1 répète : « La société par actions a une personnalité juridique propre ». Ainsi, le § 1^{er} ne contient pas seulement pour la première fois une définition de la société par actions, mais introduit aussi le terme « personne juridique » dans la langue législative ; le Code de commerce (§ 10, al. 2) avait en effet stipulé seulement que la société par actions comme telle peut avoir ses propres droits et obligations, etc. Déjà la Commission de l'Académie du Droit allemand avait rejeté les propositions d'assimiler les sociétés de capitaux aux sociétés de personnes qui, en Allemagne, ne sont pas considérées comme personnes morales (1) ou de limiter la capacité civile à la manière du droit anglais où la société ne peut faire des actes dépassant le cadre qu'elle s'est assigné par les statuts (ces actes sont *ultra vires*) (2). La capacité de la société par actions n'a donc d'autres limites en Allemagne que celles qui résultent de la nature des choses (3).

72. — Cette capacité est même plus étendue que celle des sociétés françaises. En France, en effet, si la capacité de

(1) Un des partisans d'une telle assimilation était p. ex. M. CRISOLLI, *JW* 1935, 8 (12).

(2) Cf. SIEBERT, *Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände*, *DJZ*, 1935, 703, surtout IV, 720-23.

(3) Toutefois, les adversaires des personnes morales ont obtenu que celles-ci aient été déclarées incapables d'exercer les fonctions où on exige la conscience d'une haute responsabilité personnelle, telles que la fonction de directeur, § 75, al. 1, prop. 3, ou de conseiller de surveillance, § 86, al. 2, prop. 1 ; mais une personne morale peut être liquidateur, § 206, al. 1, prop. 2, ou contrôleur, §§ 25, al. 4, n° 2 ; 119, al. 1, n° 2, 137 al. 1.

jouissance est illimitée, celle d'exercice peut être restreinte par une clause dûment publiée des statuts, restreignant les pouvoirs des administrateurs, et une telle restriction peut même résulter de l'indication de l'objet de la Société (1). En Allemagne, les restrictions des pouvoirs de la Direction sont inopposables aux tiers, § 74, al. 2 (2). Il en est autrement dans le stade de liquidation. Le § 210, al. 1, n'autorise les liquidateurs qu'aux actes de liquidation. Mais dans ce domaine, leur pouvoir est également non soumis à restriction et, en outre, l'opinion dominante a toujours interprété cette règle dans un sens favorable aux tiers : celui qui invoque l'excès de pouvoir du liquidateur, doit le prouver et aussi que l'autre partie l'a su ou dû savoir (3).

73. — L'indication de l'objet, qui est obligatoire dans les statuts aux termes du § 16, al. 3, n° 1, restreint tout de même la liberté d'action de la Société et de ses membres. Les directeurs sont tenus vis-à-vis de la Société de se tenir dans le cadre ainsi tracé sous peine d'engager leur responsabilité. De même, les actionnaires n'ont pas le droit de prendre des décisions excédant l'objet statutaire ; une telle décision serait annulable. Si la société change en fait d'objet, sans régulariser ce changement par une modification des statuts, conforme au § 146, al. 1, prop. 2, elle encourt même la nullité qui peut être invoquée par tout actionnaire, directeur ou conseiller de surveillance, voire entraîner la radiation d'office de la Société dans le registre du commerce, §§ 216 de la Loi, et 144, loi sur la juridiction gracieuse.

§ 3. — La Société par actions est une Société de capitaux

74. — Le caractère distinctif de la société par actions est l'irresponsabilité absolue de ses membres pour les engage-

(1) V. PIC, *Sociétés commerciales*, 2° éd., 1925, I, n° 466, pp. 615-16 ; II, n° 1144-45, p. 604.

(2) Ce système a été imité en France dans la Loi du 7 mars 1925 sur les Sociétés à Responsabilité limitée, art. 24, al. 2.

(3) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 210, note 3, p. 876.

ments de la Société. Les membres doivent leur mise, rien de plus, et même cette dette n'existe que vis-à-vis de la Société et non pas envers les créanciers, §§ 1. 48, al. 2. Par là, la société par actions allemande se distingue de la société anonyme française où, d'après la jurisprudence, les créanciers ont, au moins dans le stade de la liquidation, une action directe contre les actionnaires qui n'ont pas libéré leur mise (1). En Allemagne, les créanciers ne peuvent que saisir les créances de la Société contre ses actionnaires et, dans l'intérêt du maintien du capital social, ce droit leur est même refusé, si leurs créances n'ont pas la même valeur économique que celles de la Société contre les actionnaires (2).

75. — Les actionnaires sont au surplus protégés contre les réclamations de la Société : aucune augmentation de la mise ne peut leur être imposée, § 49, al. 1 ; aucune prestation en dehors de la mise ne peut être stipulée (cf. en France l'art. 31, al. 1, Loi de 1867). Il y a cependant des tempéraments :

a) La société par actions à prestations accessoires dont parlent des §§ 50, 55, 147 et dont nous avons déjà exposé (n° 11) l'origine et le peu d'importance pratique.

b) Les pressions exercées sur les actionnaires pour les déterminer à des versements supplémentaires. Ces versements sont souvent nécessaires pour assainir une société en détresse. Dans un tel cas, l'assemblée générale décide souvent, ou bien de privilégier les actions des actionnaires qui font les sacrifices demandés, ou bien une réduction du capital par diminution du nombre des actions (§ 175, al. 4, n° 2) en ordonnant que les actions de ceux qui font des versements ne soient pas ou soient moins atteintes que celles des autres. Ces mesures sont admises par la pratique, pourvu cependant que les pertes infligées correspondent exactement aux sommes réclamées (3).

(1) V. DALLOZ, *Code de commerce annoté*, éd. 1936, art. 34, n° 26 ss, p. 198.

(2) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 60, note 8 *in fine*; on reviendra plus loin sur cette matière aussi importante que difficile.

(3) Cette réserve garantit le respect de l'égalité entre les actionnaires.

76. — La Société et ses créanciers ne peuvent donc compter que sur les mises et apports des actionnaires dont la valeur minimum forme le capital social indiqué dans les statuts. La constitution et la conservation de ce capital, c'est-à-dire, de l'actif correspondant à la valeur indiquée dans les statuts comme capital social, est donc le souci principal du législateur. La souscription intégrale et, en tant qu'il est libérable en numéraire, le versement du quart sont les conditions *sine qua non* de l'immatriculation de la Société au registre du commerce (1). Avant que l'existence de cet actif ne résulte du bilan, rien ne peut être versé aux actionnaires tant que dure la société, § 52 ; c'est pourquoi le capital figure au passif, § 131, al. 1, B. I : afin qu'il y ait bénéfice distribuable, il faut que les actifs ne dépassent pas seulement les dettes et charges, mais aussi cette marge de sécurité qui est le montant du capital social. Les dispositions assurant le versement intégral et la fixité du capital social forment une des grandes divisions du droit des sociétés par actions et seront examinées d'un peu plus près dans le chapitre suivant. Ici, il suffit de signaler quelques différences fondamentales entre le droit allemand et le droit français.

77. — a) Le droit allemand ne connaît pas la société par actions à capital variable telle qu'elle est prévue au titre III de la loi de 1867. En revanche, il y a pour les coopératives, qui en France sont presque les seules entreprises qui se servent de cette forme, une loi spéciale adaptée à leurs besoins (Loi du 1^{er} mai 1889, avec beaucoup de modifications).

b) Le § 1 de la loi de 1937 stipule que « les associés participent par des apports au capital social divisé en actions ». Seul peut être actionnaire celui qui a fait un apport, soit

res, v. sur ce principe *infra*, n^{os} 95-97, et sur la jurisprudence relative aux assainissements, MÜLLER-ERZBACH, pp. 295-96.

(1) A la différence de l'art. 3, al. 2, L. 1867, la loi allemande n'ordonne pas la libération préalable des apports. Les apports d'industrie n'en sont pour cela pas plus admis qu'en France, vu qu'ils ne fournissent aucun gage aux créanciers.

en argent, soit en nature, et à qui cet apport n'a pas été restitué. Les actions sont fractions du capital social. Il s'ensuit qu'à la différence du droit français, il ne peut y avoir d'actions de jouissance. L'amortissement des actions entraîne fatalement une réduction du capital, § 192 (1) ; les anciens actionnaires qui n'ont plus aucun droit sur le capital de la Société lors de sa liquidation peuvent bien garder une participation aux bénéfices, mais seulement en qualité de créanciers, c'est-à-dire, sans droit de vote à l'assemblée générale (2).

— § 4. — La Société par actions est une société
dont les membres ont droit à l'incorporation de leur qualité
dans un titre négociable (l'action)

78. — « Le capital social est divisé en actions », § 1 et § 6, al. 1. Le caractère essentiel de l'action est sa mobilité. Par là, elle se distingue d'une part dans une société à responsabilité limitée, qui ne peut être transférée que par acte notarié et par la seule voie de la cession ordinaire (3). L'actionnaire, au contraire, peut demander que son droit soit incorporé dans un titre négociable. Il peut en exiger la délivrance lors du paiement de la dernière fraction de sa mise, même avant, si les statuts prescrivent une délivrance antérieure. Ce titre est soit « au nom », soit « au porteur », § 10, al. 1. Si les statuts ne prescrivent pas le contraire — ils prescrivent presque toujours que les actionnaires peuvent choisir entre les deux formes et même échanger

(1) Le terme « amortissement » (Einziehung) comprend donc en Allemagne aussi bien ce qu'on appelle en France remboursement (restitution de la mise au moyen du capital) que l'amortissement proprement dit (restitution au moyen de bénéfices).

(2) De même, les parts de fondateur ne sont possibles en Allemagne que sous forme de simples obligations que le § 173, al. 3 nomme « droits de jouissance ».

(3) § 15, al. 3 de la loi allemande de 1892 sur les Sociétés à Responsabilité limitée, qui ne prévoit cependant pas en principe, comme le fait la loi française de 1925, art. 22, l'agrément de la Société ou des autres associés.

à tout moment leurs actions nominatives en actions au porteur ou inversement — la forme nominative est obligatoire, § 17, al. 1. Bien entendu, la forme nominative est également obligatoire pour les titres émis avant la libération complète de l'action, § 10, al. 2.

79. — Si la forme définitive est au porteur, on émet parfois, avant la libération complète, des « certificats provisoires », qui sont même nuls s'ils sont au porteur, § 10, al. 3 et 4, parce que leur désignation comme « certificats provisoires » (*Zwischenschein*) indique qu'ils ne peuvent être au porteur ; ceux qui néanmoins se sont laissés tromper, peuvent demander des dommages-intérêts aux personnes responsables de l'émission, § 10, al. 4, prop. 2, mais jamais à la Société, parce que ce serait un moyen pour obtenir la restitution de la mise. L'émission illicite d'une action au porteur n'entraîne donc que la responsabilité civile (§§ 84, al. 3, n° 4, 99) et pénale (§ 296, al. 1, n° 3) des membres coupables de la Direction et du Conseil de Surveillance.

80. — La loi allemande ne suspend pas la négociabilité des actions d'apport à la manière de l'art. 3, al. 3 de la loi de 1867 (texte de 1893). L'actionnaire ne peut, il est vrai, exiger une action, même nominative, avant la libération de l'apport en nature. Les actions nominatives doivent en effet énoncer les acomptes effectués, § 10, al. 2. Cette énonciation est impossible pour un apport en nature. Mais il peut être remis à l'actionnaire un certificat provisoire. Ce certificat se distingue en Allemagne précisément de l'action nominative par ce qu'il ne contient pas obligatoirement l'indication des acomptes. Tandis que l'acquéreur de bonne foi d'une action nominative ne peut être astreint à des versements qui ne résultent pas du texte du titre, l'acquéreur d'un certificat provisoire peut toujours être poursuivi pour la mise ou l'apport encore en souffrance, bien que le certificat, lui aussi, soit un titre à ordre profitant de l'art. 16 de la loi sur la Lettre de Change (Loi

uniforme de Genève) d'après le § 61, al. 4 et al. 2 de la Loi. Pour cette raison, l'usage des certificats est d'ailleurs peu répandu.

81. — Comme en France, on préfère en Allemagne l'action au porteur, dont le transfert est complètement assimilé à celui des meubles corporels, aux actions « au nom ». La loi allemande permet même, en dépit des attaques dirigées contre l'action au porteur au nom de l'esprit national-socialiste, de stipuler dans les statuts l'émission exclusive d'actions au porteur, ce qui est interdit en France pour des raisons fiscales depuis la loi du 23 juin 1857, art. 7, renforcée par le décret-loi du 30 octobre 1935 relatif au régime des titres nominatifs, art. 3 (modifiant l'art. 21, al. 1 du décret du 25 octobre 1934 et l'art. 38 du Code des Valeurs mobilières). La forme nominative n'est requise que pour les actions à prestations accessoires, § 50, al. 1, et pour les actions munies du droit de déléguer un membre dans le Conseil de Surveillance, § 88, al. 2. Les règles sur le transfert des meubles corporels sont différentes en France et en Allemagne, mais en ce qui concerne les titres au porteur, ces différences sont peu sensibles dans la pratique.

82. — Au contraire, les actions « au nom » ne sont pas en Allemagne des titres nominatifs au sens français. Ce genre de titres n'existe pas en Allemagne. L'action « au nom » est obligatoirement (1) un titre à ordre soumis aux articles 12, 13 et 16 de la loi sur la Lettre de Change (art. 117, al. 4-8, 118, 120, C. com. français) déclarés applicables par le § 61, al. 2 de la loi. Autrement que les actions à ordre créées par la loi française du 4 avril 1926, les actions allemandes sont donc endossables en blanc et circulent alors comme des titres au porteur.

Toutefois, l'action « au nom » se distingue de l'action

(1) La clause « non à ordre » de l'art 11, al. 2 de la Loi sur la Lettre de Change (= art. 117, al. 2, C. com. français) n'est pas prévue.

au porteur par deux traits qui la rapprochent de l'action nominative et de l'action à ordre du droit français.

83. — a) L'actionnaire doit être immatriculé avec ses nom, adresse et qualités dans un répertoire, § 61, al. 1. Chaque transfert doit être signalé et prouvé à la Société ; celle-ci doit le mentionner dans le répertoire afin qu'il soit valable à l'égard de la Société, § 62, al. 1 et 3. La preuve du transfert est facilitée par la règle d'après laquelle la Société ne doit vérifier que la suite des endossements et actes de cession (la cession civile se fait en Allemagne par simple contrat, §§ 413, 398, C. c.), mais non pas les signatures, § 62, al. 2. D'après l'opinion dominante, la Société n'est même pas tenue de contrôler les autres conditions du transfert, par exemple, la capacité des parties ; si la déclaration a été faite à la Société par une personne capable et ayant qualité, c'est-à-dire, soit l'ancien, soit le nouvel actionnaire, et agissant sans vice de consentement, aucune nullité du transfert ne peut plus être opposée ni par la Société au nouvel actionnaire immatriculé, ni par celui-ci à la Société (1).

84. — b) Le transfert contractuel, par cession ou endossement, peut être subordonné par les statuts au consentement de la Société, § 61, al. 3 ; cette clause statutaire est même obligatoire pour les actions à prestations accessoires et pour les actions avec droit de déléguer des Conseillers

(1) V. SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 62, notes 3 et 4, pp. 281, 282 ; cf. Trib. d'Emp., 2 février 1938, *RGZ* 157, 52 (59). La situation en France relative aux actions nominatives dûment transcrites est semblable en ce que la jurisprudence est hostile à la revendication (Civ., 20 juin 1876, S. 1877, I, 450), mais elle n'est pas tout à fait la même, d'abord en raison de la responsabilité de la Société pour la transcription, moins sévère en Allemagne, ensuite parce que d'une part la jurisprudence française va plus loin que l'art. 16, Loi sur la Lettre de Change = 120, C. com. français, en permettant la revendication dans le seul cas de mauvaise foi et non pas de faute lourde, d'autre part, parce qu'elle va moins loin que le droit allemand en ne protégeant pas la bonne foi de l'acquéreur en la libération du titre, v. Paris, 19 juin 1934, *Bène*, S. 1935, II, 25, note P. LESCOR.

de Surveillance. Quant aux actions au porteur, la Société peut bien stipuler qu'elles ne seront aliénées qu'avec son autorisation, et ce genre d'accords est même assez fréquent, mais c'est alors une convention entre la Société et le porteur, sans effet à l'égard des tiers, le § 137, C. c. allemand, s'opposant formellement à toute inaliénabilité conventionnelle. Le § 61 de la loi ne déroge à ce principe que pour le transfert des actions nominatives par acte entre vifs. En outre, la jurisprudence exige que la clause d'agrément ait été insérée dans les statuts avant l'émission de l'action (1). Enfin, le § 61, al. 3 de la Loi laisse moins de liberté aux statuts dans la rédaction de la clause que la loi française : Les auteurs des statuts peuvent choisir si ce sera la Direction ou un autre organe de la Société qui donne l'agrément ; en l'absence d'une stipulation sur ce point, c'est la Direction (2) ; ils peuvent choisir en outre si le refus doit être justifié par un motif grave ou non ; en l'absence d'une stipulation sur ce point, la Société est libre ; toutefois, tandis qu'en France la clause de préemption est le complément nécessaire de la clause d'agrément, en Allemagne, cette clause est censée illicite ainsi que toute autre restriction de la libre négociabilité des actions qui n'est pas expressément prévue par la Loi. Il nous semble cependant exagéré de contester la validité d'une clause qui subordonne le refus de l'agrément à la désignation d'un tiers acheteur disposé à acheter le titre à un prix fixé d'une manière déterminée, et nous ne croyons pas que les juges allemands iraient, le cas échéant, jusqu'à annuler une telle clause tout à fait raisonnable. En pratique, on réalise presque le même résultat par une clause de préemption conventionnelle jointe à une clause d'agrément statutoire ;

(1) Trib. d'Emp., 4 avril 1908, *BGZ* 68, 211 (relatif à une société à responsabilité limitée). La solution contraire a été adoptée en France : Civ., 9 février 1937, *S.* 1937, II, 129, note H. ROUSSEAU ; *D. P.* 1937, I, 73, note BESSON ; *Rev. Gén. Dr. com.*, 1930, 529, note A. JAUFFRET.

(2) D'après l'opinion dominante, les tiers peuvent toujours se tenir à la déclaration de la Direction, la décision de l'organe compétent n'étant qu'une affaire interne de la Société, inopposable aux tiers d'après le § 74 de la Loi.

la Direction étant libre de refuser l'agrément, peut subordonner l'autorisation de transfert à ce que l'acquéreur souscrit à la clause de préemption contractée jadis par la Société avec son vendeur.

85. — Si la loi allemande est soucieuse d'assurer la simplicité et la liberté du transfert des actions nominatives, elle n'a cependant pas réglé une question importante : Le § 61, al. 2 cite bien les art. 12, 13 et 16 de la Loi sur la Lettre de Change, mais non pas l'art. 17 (= art. 121, C. com. français) qui contient le principe de l'opposabilité des exceptions. Il n'est fait non plus, pour les actions au porteur, aucune allusion aux §§ 794 et 796 C. c. allemand qui précisent le même principe en matière d'obligations au porteur. Cette lacune existait déjà sous le régime du § 222, C. com. Deux solutions simplistes s'affrontent : Les positivistes stricts admettent toutes les exceptions, l'opposabilité étant la règle du droit commun et le principe de l'opposabilité étant « manifestement » écarté par la non-citation de l'art. 17 de la Loi sur la Lettre de Change dans le § 61, al. 2. Cet argument a toutes les faiblesses de l'argument *e contrario* ; il part de cette pétition de principe que le législateur ait voulu régler la question. En réalité, il semble bien qu'il s'en est abstenu pour laisser le champ libre à la doctrine et à la jurisprudence. Les conceptualistes font l'erreur contraire : Pour eux, le législateur n'a pas eu besoin d'édicter l'opposabilité parce qu'elle résulte de la « nature des titres à ordre et au porteur. Voilà un nouvel exemple de cette méthode des « constructions » qu'on a déjà critiquée plus haut (N^{os} 69 et 70) à propos des questions de savoir si la société par actions est une société et si l'acte de société est un contrat. D'abord, on élabore une notion générale inconnue de la loi, telle que : corporation, acte-union, et ici titre à ordre et titre au porteur. Cette élaboration est légitime et même utile si, l'on ne perd pas de vue son but de systématisation scientifique. Mais l'abus commence dès qu'on range dans ce cadre doctrinal une institution pour y appliquer des règles édictées pour

les autres institutions du même cadre, sans s'assurer que ces règles sont vraiment la suite nécessaire de la qualité commune à toutes les institutions du cadre et ne conviennent pas seulement aux institutions pour lesquelles elles ont été expressément édictées. Ainsi, de ce que l'inopposabilité des exceptions s'applique aux obligations au porteur ou à ordre (lettre de change, chèque, connaissance, etc.), il ne s'ensuit pas qu'elle s'applique également aux actions. Il s'agit de deux questions distinctes : l'une est de savoir si le titre peut circuler comme un meuble corporel ou comme un effet de commerce ; la réponse à cette première question est contenue dans l'indication de la Loi que l'action peut être au porteur ou à ordre ; l'autre est de savoir si l'actionnaire doit souffrir les exceptions fondées sur un vice initial ou les rapports de la Société avec un porteur antérieur.

86. — La tendance de la Loi est de mobiliser l'action. En principe, l'inopposabilité des exceptions, qui facilite la circulation, doit donc être admise. Mais dans les hypothèses les plus importantes, elle se heurte à deux obstacles : l'existence de l'action-droit avant l'action-instrument ; et la fixité du capital social. Il en est ainsi dans les cas de la nullité, de l'émission excessive, et du vol :

a) Le droit incorporé dans le document peut être inexistant. Il en est ainsi lorsque la Société a été déclarée nulle ; mais ce cas ne préoccupe pas beaucoup la pratique, la nullité étant extrêmement rare et suivie de la liquidation immédiate. Plus fréquent et plus dangereux est le cas où les actions ont été émises en vertu d'une augmentation du capital nulle ou annulable. La Société était peut-être très prospère, les actions faisaient prime sur le marché. Mais à défaut d'une liquidation, les porteurs des actions nouvelles, qui les avaient achetées au-dessus du pair, ne profitent ni de l'ancien actif, ni des bénéfices de la Société ; celle-ci restitue simplement les apports reçus. En effet, une jurisprudence constante applique par analogie à l'augmen-

tation nulle du capital, les règles sur la Société nulle (1). Les porteurs des actions nouvelles sont donc censés n'être jamais devenus de véritables actionnaires. Cette conception entraîne encore cet inconvénient, si la Société est en difficultés, que les nouveaux actionnaires ne sont tenus à effectuer la mise que dans la mesure où il est prouvé que l'actif de la Société ne suffit pas pour couvrir les dettes, analogie § 218, al. 3. Mais la théorie de la jurisprudence est la seule possible : On ne peut raisonnablement exiger la mise, en dehors du cas prévu par le § 218, al. 3, que moyennant participation à l'actif et aux bénéfices de la Société, ce qui est précisément impossible, l'augmentation du capital étant nulle (2). Le seul remède est dans la restriction des nullités, telle qu'elle est d'ailleurs prévue aux §§ 195 ss. dont nous parlerons plus loin.

b) La solution est pareille, si la Direction, par erreur ou par fraude, émet des actions d'un montant nominal supérieur au capital social. Un tel cas a été récemment soumis en France à la Cour de Cassation qui a condamné la Société à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 1382, C. c. (3). En Allemagne, cette solution semble inadmissible. La

(1) Le dernier arrêt du Trib. d'Emp. est du 13 mars 1934, *RGZ* 144, 138 (141).

(2) Fort de la tendance de considérer la nullité de la Société comme une simple dissolution forcée, le *Commentaire* de SCHLEGELBERGER et QUASSOWSKI, § 49, note 10, pp. 703-4 ; § 158, note 5, p. 730, en se ralliant à une dissertation de M. GESSLER, *DJ* 1936, 1491 (1495), soutient que l'immatriculation de l'augmentation du capital suivie de l'émission des actions nouvelles couvre la nullité et ne laisse subsister que l'obligation de la Société de « liquider » l'augmentation du capital par un amortissement forcé et obligatoire des actions indûment émises. Un tel amortissement est prévu au § 192, al. 1, prop. 2 et al. 6 qu'on pourrait appliquer par analogie. Mais en tout cas, la Société ne peut rembourser aux titulaires des actions amorties que les mises effectuées ; en revanche, ces actionnaires doivent avoir le droit d'opposer, à la demande de la Société en versement de la mise, que l'augmentation est nulle, ou inefficace de plein droit, ou a été annulée par une décision ayant force de chose jugée. On ne voit donc pas le grand avantage de la nouvelle doctrine. Cf. sur les autres théories qui ont été soutenues en la matière, FLECHTHEIM, note 4 avant §§ 222, p. 149 a.

(3) Req., 3 août 1937, Compagnie Générale des Voitures, *Gaz. Pal.* 1^{er} février 1938 (som.).

Société ne répond pas des excès de pouvoir de la Direction (1). L'acquéreur de bonne foi n'a qu'un recours contre les membres de la Direction et contre son vendeur.

c) Les hypothèses sous a) et b) pourraient à la rigueur être comparées à celles où la nullité est opposable aux tiers porteurs d'un effet de commerce ou d'une obligation au porteur en raison d'une incapacité ou d'une autre cause constitutive d'une exception *in rem*. Mais voilà un cas où le § 794, al. 1, C. c. allemand, protège expressément le porteur d'une obligation, solution étendue à bon droit par l'opinion dominante aux effets de commerce (2), et où l'actionnaire n'est pas protégé, à savoir le cas où le titre, avant l'émission, a été volé. Il faut assimiler le cas où la Direction, par erreur ou par fraude, a remis le titre à une autre personne que l'actionnaire. Le droit de l'actionnaire existant avant et indépendamment du titre, l'actionnaire n'en peut être privé par la mise en circulation irrégulière de celui-ci. Ceci est évident si l'action est au porteur, puisqu'on ne sait même pas quelle est l'action incorporée dans le titre avant le moment de la délivrance à un actionnaire déterminé ; si l'action est nominative, on connaît d'avance son destinataire, parce que son nom doit être inscrit sur le titre, mais il faut néanmoins admettre la même solution si l'on ne veut pas faire des distinctions artificielles et inutiles. Celui qui acquiert une action risque donc qu'on lui objecte que le premier porteur n'était pas le porteur légitime.

87. — A ces entorses à l'inopposabilité des exceptions, provenant de ce que l'action-titre n'a pas un caractère constitutif, mais seulement un caractère déclaratoire de l'action-droit, s'ajoutent ceux qui ont leur raison dans ce que l'action n'est pas un droit de créance, mais un droit

(1) RIEZLER, dans v. STAUDINGER, *BGB*, I, édit. 1936, § 31, note 23, p. 253.

(2) Cf. BALOGH, *Nouv. Rev. Dr. int. pr.*, 1934, 756-57, avec références ; ARMINJON et CARRY, *Lettre de Change*, Paris, 1938, n° 334, pp. 374-75. La différence avec le régime des actions est relevée récemment par ULMER, *Das Recht der Wertpapiere*, Stuttgart et Berlin, 1938, pp. 68-71.

social. Il s'ensuit que son contenu dépend, à tout moment, des statuts, de leurs modifications et de toutes les mesures légitimes des organes de la Société. L'acquéreur de bonne foi d'une action dont le montant a été réduit à la suite d'une réduction du capital, ou qui a été amortie n'est pas protégé. L'acquéreur d'une action doit même se laisser opposer la déchéance, inconnue de lui, encourue par son prédécesseur pour non-paiement de la mise.

Si donc le législateur aurait bien pu déclarer applicable aux actions le principe de l'innoposabilité des exceptions, surtout dans la forme prudente de l'art. 17 de la Loi sur la Lettre de Change (= § 121, C. com. français), qui n'exclut que « les exceptions fondées sur les rapports personnels avec les porteurs antérieurs », il faut convenir que l'acquéreur d'une action, par la nature même de ce droit, est exposé à plus d'exceptions que celui d'une obligation ou d'un effet de commerce, de sorte qu'on comprend le prudent silence de la Loi.

88. — De même que la Loi française du 15 juin 1872 pour les titres au porteur, la loi allemande accorde au titulaire d'actions, même nominatives, à moins qu'une clause contraire n'y ait été insérée, la possibilité de se faire restituer, en cas de perte, de vol ou de destruction, un titre nouveau. Le § 66 renvoie aux §§ 799, al. 2 et 800 C. c. relatifs aux obligations au porteur. La procédure, dite de sommation publique (*Aufgebotsverfahren*), est réglée dans le 9^e livre du Code de procédure civile, surtout dans les §§ 1003-1024. Elle diffère sensiblement de celle prévue par la loi française : c'est le tribunal (le juge cantonal) qui, à la requête du titulaire dépossédé, fait faire par le greffe les affiches et insertions prescrites, dans le *Moniteur de l'Empire* et d'autres journaux, et qui, si aucun prétendant ne se présente dans le délai fixé par le juge, « qui ne dépasse pas un an », rend le jugement de forclusion qui permet au requérant d'exercer les droits résultant du titre et de se faire délivrer à ses frais un duplicata (1).

(1) Si l'action est au porteur, le titulaire peut empêcher l'acquisition

89. — En dehors de cette annulation du titre par voie de sommation publique, la Loi connaît l'annulation par la Société. Le droit de l'actionnaire pouvant à tout moment être modifié par les décisions de l'Assemblée générale ou des autres organes compétents, le texte de l'instrument peut devenir inexact, surtout à la suite d'une réduction de capital. Puisqu'il faut réduire au minimum les divergences entre le texte du titre d'action et le contenu du droit de l'actionnaire, une Loi du 20 décembre 1934 (1), devenue le § 67 de la Loi, a permis aux sociétés de sommer, avec l'autorisation du tribunal, les titulaires des actions ne correspondant plus à la réalité à les présenter en vue de rectification ou d'échange. Après l'expiration du délai fixé dans l'annonce de la sommation, qui doit être faite dans les « journaux de la Société », une nouvelle annonce dans ces journaux annule les actions non présentées. Des actions nouvelles sont remises aux titulaires ou, si les titulaires ne sont pas connus, ou en demeure d'accepter, consignées pour eux au tribunal.

§ 5. — La Société par actions est une Société fortement organisée et contrôlée, astreinte à une publicité très étendue. Le problème des « Konzerns »

90. — La négociabilité des actions et la faiblesse du lien personnel des actionnaires qui en résulte, d'une part, la

de bonne foi de la part d'un banquier, par la publication de la perte au *Moniteur de l'Empire*, § 367, C. com. allemand ; il peut en outre, même avant la sommation publique, demander au juge d'ordonner une « défense de payer », §§ 1019-1022, C. proc. civ., qui, cependant, n'empêche pas la Société de payer les coupons émis auparavant, mais seulement le paiement du capital (en cas de réduction du capital ou de liquidation) et la délivrance de talons et coupons nouveaux. La perte des coupons est soumise à des règles spéciales : § 367, al. 3, C. com., § 66, al. 2 de la Loi, § 804, C. c. La perte du seul talon n'est pas grave, l'actionnaire peut s'opposer à ce que le porteur du talon reçoive les nouveaux coupons et en réclamer la remise à lui-même s'il produit le titre d'action, § 69 de la Loi. — Le titulaire d'une action détériorée ou abîmée peut l'échanger contre un titre nouveau, § 68.

(1) *Bull. des Lois*, I, 1254, Commentaire officiel *DJ* 1935, 112.

nécessité de les empêcher de mettre la main sur le capital social, gage des créanciers, ainsi que les exigences de la gestion des affaires d'une grande entreprise, d'autre part, ont fait de la société par actions une organisation compliquée. La masse des actionnaires, dont la composition peut changer chaque jour, étant incapable d'administrer, la Loi prévoit une Direction très puissante, chargée de la gestion. Pour éviter que celle-ci n'abuse de ses pouvoirs, la Loi l'a fait surveiller par un Conseil choisi par les actionnaires, le Conseil de Surveillance. Les actionnaires, en Assemblée générale, gardent un droit de regard et restent maîtres des décisions agissant sur les fondements de la Société, telles que les modifications des statuts. La division des pouvoirs et l'attribution des compétences sont plus minutieusement réglées qu'en France. L'étude de cette réglementation sera faite au chapitre III.

91. — Ici, il faut seulement signaler une tendance générale de la loi allemande, contraire à celle de la législation française, à savoir l'effacement de l'actionnaire individuel. Le droit allemand des sociétés par actions est et était toujours antiindividualiste, encore que, à la différence du droit français, en Allemagne, depuis 1884, chaque actionnaire a accès à toute Assemblée générale, quel que soit le nombre de ses actions. L'actionnaire a les droits de poser des questions dans l'Assemblée générale, de voter, d'attaquer les délibérations illégales, contraires aux statuts ou abusives. Voilà tout, si l'on fait abstraction des droits de communication avant l'Assemblée générale (§§ 107, al. 1, 109, 110, 125, al. 6) qui ne sont qu'accessoires. L'actionnaire ne peut exercer ni l'action sociale, ni, en principe, une action personnelle en responsabilité contre les directeurs, ce qui contraste évidemment avec le récent Décret-Loi français du 31 août 1937, art. 4 (modif. l'art. 17, Loi 1867). L'actionnaire ne peut demander en justice ni la révocation des directeurs, ni la liquidation de la Société, ni sa sortie de la Société et le versement de la part qui lui reviendrait lors d'une liquidation, même si la mauvaise

gestion risque de volatiliser les derniers actifs (1). Il ne peut que vendre son action dont le cours est peut-être de beaucoup inférieur à la valeur intrinsèque qu'elle a encore, précisément parce qu'on prévoit le déclin de la Société, ou, dernière ressource, dénoncer la Société au Ministre comme dangereuse pour le bien général en vue de provoquer la dissolution administrative de la Société en vertu du § 288. Même le droit d'information de l'actionnaire est limité par la clause de protection et ne va pas jusqu'à fouiller les livres de la Société (2).

92. — En Allemagne, on craint que les droits individuels ne soient exercés trop souvent dans un but de chicane, voire de chantage, et on estime que l'actionnaire est suffisamment protégé par la libre cessibilité de son action (qui, pour cette raison, ne peut être restreinte, nous l'avons vu, au moyen d'une modification des statuts contre la volonté des intéressés), par les droits accordés aux minorités d'un dixième ou d'un vingtième du capital social, dont nous parlerons plus loin, et qui concernent surtout la convocation de l'Assemblée générale, la nomination de contrôleurs extraordinaires et l'exercice de l'action sociale, et notamment par la publicité de la comptabilité et le contrôle annuel de celle-ci par des personnes indépendantes et qualifiées. Le contrôle et encore plus la publicité profitent d'ailleurs non seulement à l'actionnaire, mais aussi aux créanciers et à tous ceux qui entendent devenir ou actionnaires ou créanciers par l'achat de titres de la Société. La société par actions s'adresse à tout le monde, force est donc de donner à chacun un droit de regard sur ses affaires. Les règles allemandes sur la publicité de la vie des

(1) En France, la jurisprudence applique l'art 1871, C. c. : action en dissolution pour justes motifs, et la révocation judiciaire des administrateurs, v. Colmar, 3 juillet 1937, D. P. 1938, II, 9. Le Code italien, art. 158 accorde à l'actionnaire un droit de sortie (*diritto di recesso*).

(2) Un tel droit existe dans quelques Etats des Etats-Unis, cf. G.-M. HAMBURGER, V^o Aktiengesellschaft, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für Zivil und Handelsrecht* par M. SCHLEGELBERGER et autres, II, 1929, p. 123.

sociétés par actions étaient déjà très développées dans le Code de 1861. Elles ont été perfectionnées à chaque réforme. Dans la Loi de 1937, les règles sur le contrôle par les techniciens et sur la publicité — surveillée par le juge du Registre du Commerce et lui permettant d'avoir un œil sur la vie sociale — forment tout un système qui accuse, sans doute possible, une certaine ingérence du droit public. Ce n'est pas à tort qu'on a parlé d'une police des sociétés. A cette police sera consacré le chapitre IV.

93. — Toutefois, le régime le plus strict d'organisation, de contrôle et de publicité est souvent privé d'efficacité par des procédés d'enchevêtrement de sociétés. En effet, aucune forme de société ne se prête aussi facilement à ces procédés que la société par actions, ses membres étant à la fois irresponsables et inconnus. On voit des entreprises puissantes dont l'unité économique se dissimule derrière une multitude de sociétés, parmi lesquelles les attributions sont distribuées de telle manière qu'en fait, ni l'organisation, ni le contrôle, ni la publicité de chacune de ces sociétés individuelles — dont les unes sont actionnaires des autres — n'a d'importance réelle.

La situation est d'autant plus délicate que la possibilité de créer de vastes collectivités d'entreprises dont les membres jouissent d'une certaine autonomie et de relier plusieurs entreprises par voie de participations est un des grands avantages économiques de la société par actions. Une sévérité excessive déprécierait donc l'institution même de la société par actions, à moins qu'elle ne reste sur le papier, comme tant d'autres dispositions trop contraires aux nécessités économiques et qui tout simplement ne sont pas obéies ou constamment éludées.

Consciente de ce problème, la Commission de l'Académie du Droit allemand avait institué une sous-commission spéciale chargée d'étudier les questions relatives aux *Konzerns* et aux entreprises « dominantes » et « dépendantes » (1).

(1) Cf. SIMON, *Die Konzerne im neuen Aktienrecht*, BA, XXXVI,

Ces notions ont paru tellement essentielles qu'on les a définies formellement, dans le dernier paragraphe de la partie générale de la Loi (§ 15). L'alinéa 1 définit le *Konzern* comme plusieurs entreprises juridiquement indépendantes réunies sous une direction unique en vue de buts économiques. L'alinéa 2 ajoute que, si une entreprise juridiquement indépendante est directement ou indirectement sous l'influence dominante d'une autre entreprise, soit à la suite de participations, soit pour d'autres raisons, l'entreprise dominante et l'entreprise dépendante sont considérées comme réunies dans un *Konzern*.

94. — La notion juridique du *Konzern* a son origine dans le droit fiscal et dans la jurisprudence du Tribunal des Finances de l'Empire (1). Dans le droit des sociétés, elle joue un rôle depuis la réforme 1931 : Le Conseil de Surveillance peut demander à la Direction un rapport sur les relations avec les entreprises faisant partie du même *Konzern* (§ 95, al. 2, de la Loi de 1937) ; la Direction doit répondre aux questions des actionnaires (§ 112, al. 1) et le rapport annuel doit s'expliquer sur le même sujet (§ 128, al. 2, n° 8) (2) ; les créances et les dettes contre les entreprises du *Konzern* doivent être indiquées séparément dans le bilan, § 131, al. 1, A. III 9 et B. V. 7, et al. 6, prop. 2. Le § 134 a autorisé le Ministre de la Justice à édicter des règles spéciales sur le bilan des entreprises réunies en *Konzern*, mais le Ministre n'a pas encore fait usage de cette autorisation.

Plus importante est la notion de « l'entreprise dépendante », qui fut définie déjà dans l'al. 4 du § 226 C. com.

p. 241, qui critique qu'on ait laissé, à dessein, assez vagues les définitions.

(1) *Reichsfinanzhof*, 30 janvier 1930, *Steuer und Wirtschaft* 1930, col. 459 (465), n° 32. Cf. en France la jurisprudence sur l'imposition des sociétés dont la majorité appartient à une société étrangère (Civ., 29 juin 1937 (quatre arrêts), *Rec. Soc.* 1938, 474.

(2) De même que sur la participation à une entente réglant les prix ou les conditions de vente, etc. (syndicats, cartels et autres), § 128, al. 2, n° 9.

ajouté en 1931. Dans la Loi de 1937, cet alinéa 4 est devenu le § 15 al. 2, en tant qu'il définit l'entreprise dépendante ; il est devenu le § 51, al. 2, en tant qu'il interdit la souscription d'actions par une telle entreprise, et le § 65, al. 5 et 6, en tant qu'il assimila à l'achat par, ou pour le compte de, la Société de ses propres actions, l'achat par, ou pour le compte d'une entreprise dépendante (1). L'octroi de crédits aux représentants légaux et aux employés dirigeants d'une entreprise dépendante ou dominante n'est permis qu'avec l'autorisation expresse du Conseil de Surveillance de la Société dominante, § 80, al. 1, prop. 2, et le montant global des crédits tombant sous ce § 80 doit être mentionné comme tel dans le bilan, § 131, al. 1, A. III 10. Comme contrôleurs ne peuvent être choisis ni les membres de la Direction ou du Conseil de Surveillance, ni les employés d'une entreprise dépendante ou dominante, §§ 119, al. 2, 137, al. 2.

Si l'on regarde cet ensemble de dispositions presque toutes simplement reprises de la réforme de 1931, on ne peut se départir d'une certaine déception. Le résultat de tous les efforts semble assez modeste. Surtout, on n'a pas édicté une responsabilité quelconque des sociétés dominantes pour les actes des entreprises dépendantes, et le commentaire officieux déclare qu'à l'heure actuelle on ne peut encore prévoir si les définitions du § 15 seront le point de départ de toute une législation sur les *Konzerns* (2).

§ 6. — La Société par actions est une société d'égaux

95. — La société par actions moderne (3) est une société d'égaux. Par là, elle se distingue de la société en comman-

(1) Cf. sur l'indication de ces actions dans le rapport annuel, § 128, al. 2, n^{os} 1 et 2, dans le bilan, § 131, al. 1, A III 5, al. 6, prop. 3.

(2) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 15, note 4, p. 146.

(3) Il n'en était pas toujours ainsi, cf. pour la France : H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des Sociétés de Commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, 1938, pp. 192 ss. ; cf. MÜLLER-ERZBACH, pp. 316 ss. Ce dernier auteur a proposé (p. 285) un retour en arrière : droit de vote réservé aux grands actionnaires dont les actions doivent

dite simple ou par actions. L'égalité signifie ici : chaque associé n'étant engagé que par sa mise, les droits doivent être strictement proportionnels à celle-ci. La loi dit dans son § 2 : « Il peut y avoir des catégories d'actions jouissant de droits différents, surtout relatifs à la distribution des bénéfices et de l'actif social. » Cette règle a plutôt l'air de permettre un régime d'inégalité. Mais son véritable sens apparaît dans le § 16, al. 3, où il est dit que les statuts doivent fixer (4°) « les catégories d'actions » (1). Seuls les statuts peuvent donc créer des actions jouissant de droits de priorité.

96. — Mais ces textes n'indiquent pas toute l'étendue du principe de l'égalité. C'est précisément en raison de la carence des textes, qu'en Allemagne comme en France, la doctrine et la jurisprudence se sont efforcées de préciser ce principe. Et c'est parce que la doctrine et la jurisprudence ne sont pas encore arrivées à élaborer des solutions satisfaisantes, que le législateur de sa part hésite à consacrer ce principe par un texte. L'insuffisance des §§ 11, 16, al. 3, réside en ce que l'Assemblée générale ou la Direction peuvent, sans enfreindre la lettre de ces textes, favoriser tel ou tel groupe d'actions par des mesures d'espèce. La loi n'a pris soin d'écarter ce danger qu'en ce qui concerne le dividende. Le § 53 dispose qu'à moins d'une clause contraire dans les statuts, la participation aux bénéfices sera proportionnelle au montant nominal des actions, et que, si toutes les actions ne sont pas libérées dans la même mesure, il sera prélevé une somme pour payer 4 % d'intérêts des mises effectuées. Il est donc impossible d'avantager certains actionnaires lors de la délibération sur le dividende, à

être en revanche nominatives et qui sont tenus, en cas de besoin, à certaines mises supplémentaires. Cette idée fut rejetée par la Commission de l'Académie du Droit allemand.

(1) De même qu'en France (art. 34, al. 4, C. com., texte de 1903), les droits particuliers de chaque catégorie ne peuvent être altérés par l'Assemblée générale qu'après ratification par une décision des actionnaires de la catégorie lésée, §§ 146. al. 2, 149, al. 2, 160, al. 1, 169, al. 2, 175, al. 2, 182, al. 2.

moins de créer, par une modification des statuts, des catégories d'actions (1). Si d'autres mesures d'espèce créant des inégalités sont illicites, ce n'est pas en vertu d'une disposition légale formelle, mais en vertu de ce principe d'égalité qui a sa base dans la nature de la société par actions telle qu'elle est construite par le législateur.

97. — On prétend que le principe de l'égalité n'est qu'une expression de la prohibition générale de faire des actes déloyaux et contraires aux bonnes mœurs (2). C'est une question de terminologie. Mais en tout cas, le principe de l'égalité est une précision utile de ladite prohibition générale, une de ces précisions qu'on peut ramener à la définition de la société par actions comme « société ». En effet, si l'on faisait abstraction de ce que les actionnaires sont liés par un contrat de société de ce caractère particulier qui est propre à la société par actions, on ne verrait pas pourquoi toute inégalité aurait la présomption de déloyauté contre elle. Si, par exemple, l'Assemblée décide d'avantager, lors de la distribution des bénéfices ou de l'augmentation du capital, les actionnaires anciens, elle a peut-être des raisons très sérieuses qui excluent tout reproche d'arbitraire. Ce n'est pas parce que la discrimination est abusive dans l'espèce, mais parce que toute discrimination doit être prohibée d'après la volonté présumée de chaque actionnaire et dans l'intérêt de l'institution même de la société par actions, que de telles décisions sont impossibles ou ne sont possibles que si leur nécessité est strictement démontrée.

D'autres auteurs ont au contraire exagéré la portée du principe de l'égalité, en croyant qu'on peut le substituer à toutes les doctrines de l'abus de droit, des devoirs sociaux, de l'infraction aux bonnes mœurs, etc (3). Mais il y a des

(1) V. au contraire pour l'exclusion du droit préférentiel de souscription, Trib. d'Emp., 16 septembre 1927, *RGZ* 118, 67 (71).

(2) V. p. ex. RITTER, *JW* 1934, 3025 ; R. GOLDSCHMIDT, *Grundfragen*, p. 45.

(3) V. p. ex. HAUSSMANN, *B. A.*, XXX, p. 94,

abus de droit criants, tels par exemple la décision de la majorité de ne distribuer aucun dividende dans le seul but « d'affamer » la minorité; qui ne créent aucune inégalité. Il serait d'ailleurs vain de croire qu'on gagnerait en précision par cette substitution. Depuis qu'il est reconnu que la création d'actions de priorité ou à vote plural ou munis du droit de délégation au Conseil de Surveillance ou d'autres avantages n'est pas seulement possible dans les statuts primitifs, mais aussi par une modification des statuts, c'est-à-dire, par une décision majoritaire, soit par adjonction, soit par disjonction, le principe de l'égalité donne lieu à autant de doutes dans l'application concrète que les doctrines qu'on veut remplacer par lui. Mais cela n'empêche pas que, de même que ces doctrines, il indique une idée directrice utile, voire indispensable (1).

98. — Le principe de l'égalité lie la Direction ; mais étant donné la rigidité du droit allemand des délits civils (2), il est très douteux si l'actionnaire lésé a une action personnelle contre la Direction. Le droit de la minorité à l'exercice de l'action sociale ne pourra servir dans ce cas, parce que la Société ne subit pas de préjudice par l'inégalité créée entre les actionnaires. C'est donc en première ligne l'assemblée générale à laquelle s'impose en pratique le respect du principe de l'égalité. La violation du principe rend annulables ses décisions, même si elles ont été prises à la

(1) M. J. DU GARREAU DE LA MÉCHENIE estime non sans raison que le principe d'égalité, réduit à sa juste mesure, est une sorte de règle de preuve, il dit n° 134, p. 136 : « Les modifications des statuts qui rompent l'état d'équilibre volontairement consenti par ceux qui sont entrés dans la Société, sont suspectes, c'est à la Société de prouver leur bien-fondé. »

(2) Le § 1823, al. 2, C. c. n'est applicable que si l'on considère le principe d'égalité comme une règle édictée en vue de protéger l'actionnaire individuel. Si l'on y voit une conséquence des liens contractuels entre les actionnaires, et entre l'ensemble des actionnaires d'une part et la Direction d'autre part, l'actionnaire individuel est désarmé, le § 1823 ne sanctionnant pas des devoirs contractuels. L'unique recours de l'actionnaire individuel est de ne pas obéir à un appel des fonds qui n'est pas adressé également aux autres actionnaires.

majorité prescrite pour la modification des statuts, à moins, bien entendu, qu'il ne s'agisse d'une création régulière de « catégories ».

99. — La loi de 1937 restreint la liberté des statuts de créer des catégories. Une catégorie ne peut être constituée que par l'octroi d'avantages pécuniaires. Au contraire, la loi a aboli le renforcement de ces avantages par une influence plus grande sur l'administration, savoir le vote plural, § 12, al. 2, prop. 1. La prop. 2 ajoute, il est vrai, que le Ministre de l'Economie nationale, d'accord avec le Ministre de la Justice et les autres Ministres intéressés, peut admettre des exceptions, si le bien de la Société ou les intérêts de l'économie nationale l'exigent. Mais à part cette réserve importante, le principe est appliqué avec une grande rigueur. Le § 114, al. 2 fait obstacle à toute tentative de tourner la prohibition. On ne peut ni donner le même droit de vote à des actions d'un montant nominal différent, ni à des actions libérées en proportion différente ; en outre les statuts doivent résoudre de la même manière pour toutes les catégories la question de savoir si le droit de vote commence au moment de la libération complète ou à une date antérieure (1).

(1) Le § 114, al. 2 est assez complexe. Il mérite d'être reproduit *in extenso* : « Le droit de vote commence dès la libération intégrale de l'action. Les statuts peuvent stipuler que le droit de vote commence dès le versement du minimum légal ou statutaire. Dans ce dernier cas, le versement du minimum donne une voix ; si des versements supérieurs ont été effectués, le nombre des voix est déterminé par le montant des versements effectués. Si les statuts ne stipulent pas que le droit de vote commence avant la libération intégrale et qu'aucune action n'a pas encore été intégralement libérée, le nombre des voix est déterminé d'après le montant des versements effectués ; à défaut d'une stipulation différente des statuts, le versement du minimum légal donne une voix. Les quotes-parts de voix ne sont prises en considération que dans la mesure où leur addition entraîne l'octroi de voix entières à un actionnaire qui a déjà le droit de vote. Les statuts ne peuvent édicter des stipulations selon cet alinéa pour telle ou telle catégorie d'actions. » Il est à noter que la Loi a augmenté le nombre des cas où une majorité du capital est requise en outre de la majorité des voix (sur la portée de cette mesure, v. *supra*, n° 21).

100. — Le § 12 souffre cependant de ce qu'il n'interdit les actions à vote plural que pour l'avenir. Cette lacune a été comblée par le très important troisième décret d'exécution, du 21 décembre 1938, qui permet dans son article 11 l'amortissement forcé, moyennant une juste indemnité, des actions à vote plural existantes. Une simple décision de la majorité du capital requise pour une réduction du capital social suffit, sans majorité des voix et sans délibération spéciale des actionnaires visés, § 8 du décret. Dans certaines conditions, la Société est même dispensée de l'observation des règles édictées en matière de réduction du capital pour la protection des créanciers, § 9. La majorité des trois quarts du capital social peut également restreindre ou supprimer le vote plural, sans la majorité des voix et sans une délibération spéciale des actionnaires visés, § 10.

Le décret fait, lui aussi, intervenir les ministres : ils doivent autoriser les décisions susmentionnées de l'assemblée générale, si les actions visées ont été créées avec leur agrément suivant le § 12, al. 2 prop. 2 de la loi ; s'il s'agit d'actions à vote plural créées antérieurement à la loi, ils peuvent faire obstacle aux décisions de l'assemblée générale en ordonnant le maintien du vote plural, § 11.

Cette réglementation a été complétée par l'article IV, § 13, du décret, subordonnant à l'autorisation ministérielle la limitation du nombre des voix et les graduations, pour le motif, semble-t-il, que ces institutions, permises par le § 114, al. 1, prop. 3 de la loi, ont donné lieu à des abus et à des tentatives de reconstituer une sorte de vote privilégié.

Le but d'atteindre l'harmonie parfaite entre le risque assumé et les capitaux engagés d'une part et le droit de coadministration d'autre part n'est pourtant pas complètement atteint, parce que la valeur réelle de l'action ne correspond pas toujours à sa valeur nominale (1). En outre, la fonction du vote plural sera peut-être dans l'avenir dévolue dans une certaine mesure au droit de déléguer des mem-

(1) V. GAILLARD, p. 446 ; R. GOLDSCHMIDT, *Grundfragen*, p. 81.

bres au Conseil de Surveillance, qui a été créé par le § 88 de la loi.

101. — L'idée directrice de la loi française du 13 novembre 1933, c'est-à-dire de favoriser l'*affectio societatis* en permettant l'octroi d'un droit de double vote aux actions nominatives qui se trouvent depuis un certain délai entre les mêmes mains, a été délibérément écartée bien qu'elle ait été accueillie favorablement par la majorité de la commission de l'Académie du Droit allemand. La seule application qu'on ait fait de cette idée se trouve dans le § 88 qu'on vient de mentionner : il a été permis d'accorder à quelques actionnaires déterminés ou d'attacher à des actions déterminées le droit de déléguer des membres dans le Conseil de Surveillance, à condition que l'actionnaire soit titulaire d'actions au nom dont le transfert a été soumis à l'agrément de la Société. En édictant cette règle nouvelle, on a surtout eu en vue les entreprises d'économie mixte.

§ 7. — La Société par action est une société commerciale

102. — Le but d'une société par actions sera en règle générale de réaliser un bénéfice industriel ou commercial. Mais la société par actions peut être constituée pour d'autres fins, par ex. en vue de faciliter l'administration d'un patrimoine (notamment sociétés-holdings), voire sans aucun objet économique (1). Quel que soit leur objet, les sociétés par actions sont commerciales, § 2. Par conséquent, la société par actions a toutes les obligations imposées aux commerçants par le Code de commerce et tous leurs droits, § 6, Code com. allemand, droits et devoirs d'ailleurs modifiés par les règles spéciales de la loi sur les sociétés par actions, surtout en ce qui concerne les immatriculations au registre du commerce et la comptabilité. Il est à noter qu'en Allemagne la qualité de commerçant n'est pas, comme en

(1) En France, la forme de société anonyme ne peut être utilisée par une association à but désintéressé, cf. PIC, *Rev. Soc.*, 1925, 388-89.

France, la condition de la mise en faillite, tout particulier pouvant être déclaré en faillite.

103. — En France, la même règle (art. 68 de la loi de 1867, inséré par la loi du 1^{er} août 1893) a donné lieu à une controverse sur la question de savoir si elle implique que tous les actes, quelle que soit leur nature, des sociétés par actions sont des actes de commerce à la suite de la théorie des actes de commerce « accessoires » (1). Une controverse pareille existe en Allemagne. Sa portée est d'une part plus grande qu'en France, parce que le Code de 1897 ne connaît pas l'acte de commerce « principal », de sorte qu'aucun acte n'est commercial que parce qu'il « se rattache à l'exploitation d'une entreprise commerciale », § 343, Code com. allemand. D'autre part, sa portée est plus restreinte, la nature commerciale de l'acte n'ayant pas la même influence sur la compétence et les preuves qu'en France. En Allemagne, la question se pose ainsi : Si la société par actions n'exploite aucune entreprise commerciale, ses actes sont-ils quand même commerciaux ? Le Code de commerce répond par l'affirmative si la société exploite une entreprise minière, forestière ou agricole, le § 5 de ce Code ne permettant pas qu'une personne inscrite au registre du commerce — et la société par actions est toujours inscrite — invoque le caractère non commercial de son métier. Mais la question reste entière en ce qui concerne les sociétés sans métier, fondée par ex. dans le seul but de faciliter l'administration de certains biens ou avec une autre destination, soit économique, soit désintéressée. L'opinion dominante en doctrine (2) et en jurisprudence (celle-ci n'est pas très riche) étend avec raison le caractère commercial de la société aux actes de la société, l'applica-

(1) Cf. Paris, 1^{er} février 1936, D. P. 1936, II, 73, note M. PICARD, et les observations de M. DEMONTÈS, *Rev. crit. Lég. Jur.*, 1937, pp. 5-12.

(2) Depuis une étude de M. MARTIN WOLFF, *Ueber einige Grundbegriffe des Handelsrechts*, dans les *Mélanges de la Faculté de Berlin*, en l'honneur de O. VON GIERKE, Berlin, 1910, pp. 31 ss., cf. aussi ZHR, 47, p. 247.

tion des règles sur les commerçants étant autrement trop souvent incomplète, voire impossible. Beaucoup d'auteurs considèrent comme commercial tout acte d'une société par actions, même ceux dépassant son activité normale (1). Cette opinion semble cependant contraire au § 343, al. 2, Code com. allemand qui ne qualifie d'actes de commerce les actes extraordinaires d'un commerçant que s'ils sont des actes de commerce-types rentrant dans une des catégories énumérées au § 1, al. 2 du même Code. Toutefois, il est incontestable que la tendance, en Allemagne ainsi qu'en France, est de détacher les notions de commerçant et d'acte de commerce de leur origine et de traiter de commerçant toute personne ayant un établissement ou gérant des affaires quelconques « à la manière d'un commerçant », alors surtout que cette personne est immatriculée au registre du commerce, et d'actes de commerce tous les actes d'une telle personne, à moins que leur caractère privé ne soit manifeste.

§ 8. — La Société par actions est une société anonyme

104. — Le terme « société anonyme », bien que connu (namenlose Gesellschaft) n'est guère employé en Allemagne. On parle toujours de « société par actions ». Cette expression ne vise pas à l'ordinaire, comme en France, à la fois les sociétés en commandite par actions. Mais naturellement la société par actions est aussi en Allemagne une société anonyme dans ce sens qu'elle a bien un nom, mais que ce nom n'est pas celui d'une personne physique. Depuis 1900, les sociétés par actions doivent prendre des désignations prises de leur objet, en y ajoutant les mots « société par actions », § 4 de la loi. On trouve encore des sociétés par actions avec des raisons composées de noms de personnes physiques ou de fantaisie ; ce sont des sociétés fondées avant

(1) La même idée est défendue en France par M. H. ROUSSEAU, note sous Lyon, 11 mai 1932, S. 1934, II, 123, qui relève lui-même que Req. 21 octobre 1931, S. 1931, I, 373, est plutôt en sens contraire.

1900 qui ont pu garder leur raison en y joignant les mots « société par actions » pour faire connaître leur forme sociale, en vertu de l'article 22, loi d'introduction du Code de commerce de 1897. Encore sous le régime actuel, le juge du Registre du commerce peut exceptionnellement, pour des raisons particulières, immatriculer une société ayant une raison qui n'est pas « prise de l'objet », le § 4 ne prescrivant une telle raison que comme « règle générale ». L'alinéa 2 du § 4 permet en outre à la Société de continuer, conformément au § 22, Code com., la raison d'un fonds de commerce qu'elle a acheté, à condition d'y joindre les mots « société par actions » (1).

105. — Les personnes physiques qui sont à la tête de la Société sont immatriculées au Registre du commerce, §§ 32, 73, 207. Mais cette publicité a été jugée insuffisante, et la loi de 1937 l'a complétée par une règle empruntée au droit anglais (Sect. 145, Companies Act, 1929) : « Sur toutes les lettres d'affaires, il faut énoncer tous les membres de la Direction (la règle correspondante pour les liquidateurs est contenue dans le § 209, al. 5), et le Président du Conseil de Surveillance avec leurs noms de famille et au moins un prénom en toutes lettres, le Président de la Direction, s'il y en a un, doit être mentionné séparément », § 100. Comme il était à prévoir, la mise en application de cette règle a fait des difficultés. Pour éviter des frais inutiles ou excessifs, le premier décret d'application, du 29 septembre 1937, a dû, dans son article V, § 19, exempter les « formules » dans le cadre d'une relation d'affaires existante (p. ex. factures) ou employées pour les rapports péri-

(1) Les prescriptions du Code de commerce allemand sur la raison sociale applicables aux sociétés par actions, et les questions de détail du § 4 ne peuvent être exposées ici. Si la Société se sert d'une raison qui ne lui appartient pas ou si elle supprime une partie de sa raison dans ses lettres, p. ex. les mots « société par actions », sans les remplacer par une abréviation équivalente, le juge du Registre du commerce peut lui infliger des amendes jusqu'à ce que l'illégalité cesse, § 37, al. 1, C. com. ; la procédure est réglée dans les §§ 132-140, Loi sur la Juridiction gracieuse.

diques destinés aux autorités publiques et autres rapports du même genre. On comprend moins que le décret ajoute : « L'indication du nom n'est pas non plus obligatoire dans les lettres commerciales adressées à des destinataires à l'étranger ». Il nous semble que précisément les clients étrangers d'une société allemande, qui ne sont pas au courant des événements en Allemagne et ne peuvent pas facilement consulter le Registre du commerce allemand, ont besoin de la formalité du § 100.

106. — Non seulement les lettres d'affaires, c'est-à-dire toute communication commerciale adressée à un destinataire déterminé, mais aussi le règlement de comptes annuel et le rapport annuel de la Direction doivent énoncer les personnes dirigeant la Société. Le § 144, al. 1 prescrit que toute publication du règlement doit indiquer tous les membres de la Direction et du Conseil de Surveillance avec les noms de famille et au moins un prénom écrits en toutes lettres, le Président de la Direction et le Président du Conseil de Surveillance devant être mentionnés séparément, et le § 128, al. 4 exige en outre, dans le rapport annuel, l'indication des membres sortis pendant ou après l'exercice.

La sanction de toutes ces dispositions est une amende pénale qui frappe les membres de la Direction et du Conseil de Surveillance, ainsi que les liquidateurs qui par dol ou par faute, même légère, sont responsables de leur violation, § 301. Mais la poursuite n'a lieu qu'à la requête de la représentation officielle du commerce (chambres de commerce).

§ 9. — La Société par actions est une grande société de moyens et grands capitalistes

107. — Les mêmes qualités, qui ont fait de la société par actions le merveilleux instrument de l'expansion économique, savoir l'engagement strictement limité des associés et la possibilité qu'ils ont de vendre à tout moment

leurs parts, sont la source de dangers sérieux. Les affaires d'une société par actions risquent d'être mal gérées, personne n'y étant intéressé à fond. Les Directeurs sont des employés facilement tentés d'abuser de leurs pouvoirs, de concert avec le Conseil de Surveillance. Les actionnaires n'ont ni la volonté ni la capacité de les surveiller d'une manière continue. Les actions, titres sans valeur déterminée, deviennent des objets de spéculation. Leur prix dépend de tant de circonstances diverses et imprévisibles que l'achat d'une action, non seulement n'est pas la participation à la vie d'une société, mais souvent n'est pas non plus un vrai placement, mais plutôt une opération de jeu. C'est d'ailleurs précisément à ce caractère aléatoire qu'est due l'attraction exercée par les sociétés par actions sur le public. Surtout les actions des sociétés nouvelles, où tous les espoirs sont encore permis, ont les mêmes amateurs que les obligations à lots et à primes, savoir les hasardeurs (1). Or, il faut que le goût du jeu ne soit pas trop poussé et soit mis au service des seules entreprises vraiment importantes qui justifient cet appel à un instinct en soi peu louable. Enfin, la société par actions est une forme sociale très coûteuse en raison de l'organisation compliquée et de la publicité étendue entraînant des charges importantes.

Pour ces raisons, et pour d'autres encore, la forme de la société par actions ne convient pas aux petites entreprises.

108. — La loi allemande avait déjà fixé en 1924 le capital minimum des sociétés nouvelles à 50.000 RM (2). Mais la loi de 1937 va beaucoup plus loin. Elle réserve la forme

(1) « Le petit actionnaire-type n'est pas un commerçant ou industriel, c'est un rentier qui veut tenter sa chance », a déjà très bien montré E. v. PETRAZYCKI, *Aktienwesen und Spekulation*, Berlin, 1906, pp. 38 ss.

(2) §§ 10 et 17, décret sur les bilans-or, et § 3 du 2^e décret d'application de la loi monétaire de 1924 Cf. art. 621 C. O. suisse, révisé par la loi du 18 décembre 1936. qui prévoit un capital minimum de 50.000 francs suisses.

« par actions » aux très grandes sociétés. Cela permet d'adapter la loi plus spécialement aux besoins de celles-ci. L'idée était d'ailleurs conforme à la parole de la lutte contre l'anonymat, chère aux théoriciens du national-socialisme (1). Le § 6 fixe donc le capital social minimum à 500.000 RM, sauf dispense accordée par le Ministre de la Justice, d'accord avec le Ministre de l'Economie nationale. Les sociétés existantes peuvent continuer, pourvu que le capital ne soit pas inférieur à 100.000 RM, § 2 loi d'introduction. Ces chiffres, de même que celui du montant minimum de l'action (1.000 RM), ont effaré les critiques français (2). La différence entre la conception allemande et la conception française est indéniable. En France, l'opinion dominante voit dans l'action et dans la société par actions des biens qui, certes, donnent parfois lieu à des abus, mais auxquels on doit en principe donner accès aux couches les plus larges possibles. En Allemagne, on considère, au contraire, les actions et les sociétés par actions plutôt comme un mal nécessaire. Toutefois, on ne doit pas méconnaître que la situation économique est différente de celle en France, pays de petite épargne et de petites et moyennes entreprises par excellence (3). En Allemagne, fin 1933 (avant la loi sur la transformation dont nous avons parlé plus haut), il y avait (4) :

9.148 sociétés avec un capital de 20.635.000 RM. Parmi celles-ci, avaient un capital de 100.000 RM et plus :

6.822 sociétés avec un capital de 20.544.000 RM ;

de 500.000 RM et plus :

3.695 sociétés avec un capital de 19.819.000 RM.

(1) V. *supra*, n° 31, 32 ; mais cette idée a des partisans aussi ailleurs, v. p. ex. C. E. LACHMANN, *De la transformation de la société anonyme moderne*, thèse, Grenoble, 1936 p. 16.

(2) V. p. ex. la note signée A.-J. M. dans *Paris-Midi* du 12 octobre 1937.

(3) Une autre erreur est de calculer d'après le cours officiel. En réalité, 500.000 RM ne représentent point un peu plus de 7.500.000 francs, mais seulement 4 millions environ.

(4) *Statistisches Jahrbuch für das deutsche Reich*, 1934, pp. 365-366 ; 1937, 413-414.

Au 31 décembre 1936 (la loi sur la transformation n'étant pas encore expirée) :

7.204 sociétés avec un capital de 19.225.000 RM. Parmi celles-ci, avaient un capital de 100.000 RM et plus :

5.859 sociétés avec un capital de 19.163.000 RM ;
de 500.000 RM et plus :

3.341 sociétés avec un capital de 18.584.000 RM.

Le législateur allemand s'est bien rendu compte de ce que beaucoup de sociétés dont le capital n'atteint pas le minimum légal se réfugieront dans la forme de la société à responsabilité limitée. Or celle-ci, telle qu'elle est réglée à l'heure actuelle, est encore plus sujette à caution que la société anonyme, son organisation étant abandonnée dans une large mesure aux fantaisies de l'acte constitutif et sa publicité légale étant beaucoup moins étendue. La réforme de la société à responsabilité limitée doit donc compléter celle de la société par actions. Promise pour 1938, elle semble cependant se heurter à des difficultés sérieuses (1).

109. — L'augmentation du montant nominal minimum de l'action à 1.000 RM, sauf dispense ministérielle (§ 8), n'est en vérité que le rétablissement du droit d'avant-guerre. Le § 180 C. com permettait seulement l'émission d'actions nominatives d'au moins 200 M, lorsque le transfert en était soumis à l'agrément de la Société, ou lorsque l'émission jouissait d'une autorisation spéciale du Conseil fédéral. On avait toujours en Allemagne cette idée que le petit épargnant fait mieux d'acheter des rentes, des obligations, des lettres de gage d'une banque hypothécaire, ou de prêter sur hypothèque, cette dernière forme de placement étant en Allemagne beaucoup plus développée qu'en France en raison de la grande sécurité juridique que fournit le Livre foncier. C'est seulement après l'in-

(1) QUASSOWSKI, Rapport sur l'activité de la Section de droit public et de droit commercial au Ministère de la Justice, en 1937, *DJ* 1938, 14 ; en 1938, *DJ* 1939, 18 ; cf. SCHLEGELBERGER, *Soz. Pr.* 1939, 1 et ss.

flation qu'on a abaissé les taux de 1.000 et 200 M à 100 et 20 RM (1).

110. — Le § 8 contient en outre quelques règles de détail : les actions n'ont pas nécessairement toutes le même montant (2). Mais le montant doit toujours être un multiple de 500 RM (en cas de dispense ministérielle, de 100 RM) (3). La société est maîtresse du fractionnement de son capital ; les parties ne peuvent pas y déroger en divisant les actions ; l'action est indivisible. Si l'action est dans la co-propriété de plusieurs personnes, celles-ci ne peuvent exercer les droits attachés à l'action que par un mandataire commun, et elles répondent solidairement de la mise (§ 63).

111. — Une action qui n'est pas conforme aux règles sur le montant minimum est nulle. Le porteur a un recours contre son vendeur et contre les directeurs et autres personnes responsables de l'émission ; les membres de la Direction ou du Conseil de Surveillance coupables encourent, en outre, les peines du § 296, al. 1, n° 5 (prison). Mais l'acquéreur doit souffrir la nullité parce qu'on peut lui reprocher sa propre faute. La simple inspection du titre révèle son illégalité, au moins si le montant est inférieur à 100 RM. En effet, des actions de 100 RM existeront encore à l'avenir, soit de sociétés déjà immatriculées au Registre du commerce avant le 1^{er} octobre 1937 (4), soit en vertu de dispenses ministérielles.

(1) §§ 10 et 17 du Décret sur les bilans-or, et § 3 du 2^me Décret d'application de la Loi monétaire de 1924. Cf. contre les petits épargnants actionnaires : LACHMANN, pp. 91-94 ; MARLIO, *Le sort du capitalisme*, Paris, 1938, p. 113 : « C'est un véritable paradoxe de voir la S. A. se substituer à la Caisse d'Epargne. »

(2) Même solution en France, malgré le texte de l'art. 34, al. 1, C. com., V. DALLOZ, C. com., art. 34, note 31 ss., p. 201.

(3) Les actions, aussi bien que le capital social dont elles ne sont que des divisions, doivent avoir un montant déterminé en la monnaie de l'Empire, § 6, al. 2.

(4) V. les règles transitoires du § 3 Loi d'Introduction, de l'art. I du 1^{er} Décret d'application, du 29 septembre 1937, réglant l'échange des actions inférieures à 100 RM, et de l'art. I du 3^e Décret d'application, du 21 décembre 1938, permettant « la réunion » des actions, avec l'agré-

Mais la violation du § 8 peut avoir des conséquences encore plus graves que la nullité du titre, savoir la nullité du droit incorporé, si le vice entache déjà la souscription, voire la nullité de la Société, si le montant illégal a été fixé dans les statuts, § 216, al. 1 ; la nullité des clauses statutaires sur le montant du capital social ou des actions ne peut même pas être couverte par une modification des statuts, § 217, mais seulement par une dispense ministérielle conforme au § 7 al. 2, ou au § 8 al. 2.

**§ 10. — La Société par actions est une société
particulièrement protégée par la loi**

112. — Ayant opté pour le maintien de la société par actions, au moins pour les grandes entreprises, le législateur a voulu obvier au plus grand danger auquel elle est exposée. Ce danger consiste dans la grande puissance, que la loi de 1937 a encore augmentée, de la Direction et du Conseil de Surveillance. Ces deux organes gèrent le patrimoine d'autrui. Des sommes énormes leur sont confiées. Quelle tentation, pour quelques actionnaires ou autres personnes, d'offrir aux Directeurs ou aux Conseillers de Surveillance des avantages, ou d'exercer sur eux une pression pour qu'ils ferment les yeux, ou se concertent même avec le corrupteur, pour lui permettre des manœuvres profitables au préjudice de la Société. Le mouvement de concentration des entreprises a souvent donné lieu à de telles combinaisons. Un concurrent qui veut s'annexer la Société en acquiert un nombre d'actions qui lui assure la majorité à l'assemblée générale (30 % suffisent pratiquement à cet effet), et force la Direction, sous la menace de la révocation, à laisser doucement périliter la Société, pour l'absorber plus tard à bon marché. L'abrogation de la révocabilité *ad nutum* et le renforcement de la responsabilité des Directeurs ne sont que des palliatifs, tant que subsiste l'irresponsabilité des véritables promoteurs.

ment des actionnaires visés, dans une procédure spéciale dont nous parlerons plus loin.

113. — En France, on pourrait les atteindre par l'article 1382 C. civ. Mais le droit allemand des délits civils ne contient pas une disposition aussi générale. La seule prescription du Code civil allemand qu'on puisse invoquer dans une telle hypothèse est le § 826, qui oblige aux dommages-intérêts quiconque lèse autrui par son dol et d'une manière contraire aux bonnes mœurs. En pratique, ce paragraphe s'est avéré insuffisant. Les juges n'aiment pas qualifier de « contraires aux bonnes mœurs » des actes qui, certes, ne sont pas irréprochables d'un point de vue hautement moral, mais qui ne débordent pas tellement le cadre de la concurrence licite. Somme toute, il n'y a aucun lien entre un tiers et la Société, peut-être même pas entre l'actionnaire individuel et la Société (c'était longtemps l'opinion dominante) ; comment justifierait-on de stigmatiser comme déloyaux ces tiers ou actionnaires lorsqu'ils poursuivent leurs propres intérêts autant qu'ils peuvent et non pas ceux de la Société. Même le législateur inspiré des idées « épurées » du national-socialisme n'a osé remédier à cet état de choses, au § 101 de la loi, qu'avec la plus grande prudence. Pour comprendre les formules compliquées (sept alinéas !) de cette disposition nouvelle, il faut jeter un coup d'œil sur son histoire.

114. — L'idée de protéger la Société par une « clause générale de responsabilité » a été émise d'abord par la commission instituée en 1926 par l'Association des juristes allemands, sur la proposition de M. le Professeur E. HEYMANN. Mais on visait seulement l'abus du droit de vote : « Le votant répond vis-à-vis de la Société du préjudice qu'il lui cause dolosivement par son vote. » (1). Le Ministre soumit la question à la discussion générale, en la mentionnant dans son questionnaire. Les opinions étaient très divisées. La réponse de l'Association des Avocats allemands (2),

(1) Proposition de M. FLECHTHEIM, amendée par M. E. HEYMANN et adoptée après le rejet de la proposition plus générale de M. HEYMANN.

(2) Publiée dans *Die Wirtschaft und das Recht*, 1930, pp. 6 ss.

qui préconisait en général la reconnaissance d'un lien social entre les actionnaires, ou au moins entre les actionnaires et la Société, proposa d'étendre la responsabilité de l'actionnaire au cas où l'actionnaire, en vue d'obtenir des avantages excessifs étrangers à la Société, se sert de son influence pour déterminer un membre de la Direction ou du Conseil de Surveillance à agir dolosivement, au préjudice de la Société. Or, au Ministère de la Justice, on estima que précisément cette dernière clause pourrait être utile, tandis qu'une responsabilité pour le vote serait superflue (le droit de faire annuler la délibération étant suffisant) voire nocive, parce qu'elle intimiderait les actionnaires, de sorte que l'assemblée générale serait encore plus désertée. Ainsi on introduisit la clause de responsabilité dans les projets de 1930 et 1931. Dans sa critique du projet de 1931 sur ce point (1), M. E. HEYMANN défendit deux extensions : l'application aux tiers non-actionnaires, et l'application en cas de faute lourde, et non pas seulement en cas de dol. Dans la Commission de l'Académie de Droit allemand, tout le problème fut encore une fois amplement discuté.

115. — Le résultat de ces travaux est le § 101 de la loi, qui mérite d'être reproduit *in extenso* :

(1) « Celui qui, en vue d'obtenir pour lui-même ou pour autrui des avantages excessifs étrangers à la Société (*gesellschaftsfremde Sonder-vorteile*), détermine dolosivement, en exploitant son influence sur la Société, un membre de la Direction ou du Conseil de Surveillance à agir au préjudice de la Société ou de ses actionnaires, est tenu de réparer le dommage qui en résulte.

(2) « Avec lui, sont tenus solidairement les membres de la Direction et du Conseil de Surveillance ayant agi en violation de leurs devoirs (§§ 84, 99). Si l'avantage excessif étranger à la Société devait être obtenu pour un tiers, celui-ci est également tenu solidairement, pourvu qu'il ait provoqué dolosivement l'exploitation d'influence.

(3) « Aucune responsabilité n'est encourue, si l'influence a été employée en vue d'obtenir un avantage qui sert des intérêts dignes de protection.

(1) *Mélanges Wieland*, Bâle et Paris, 1934, pp. 221 à 240. Il invoque, entre autres, l'exemple du droit anglais (Companies Act 1929, Section 275, Subsect. 5).

(4) « A la remise de la responsabilité vis-à-vis de la Société, le § 84, al. 4, propos. 3 et 4, s'applique par analogie.

(5) « La responsabilité existe aussi envers les créanciers de la Société, dans la mesure où ceux-ci ne peuvent obtenir satisfaction de la Société. A l'égard des créanciers, la responsabilité ne cesse pas à la suite d'un acte de renonciation ou d'une transaction passé par la Société. Dans la faillite de la Société, le droit des créanciers est exercé par le syndic.

(6) « Les actions résultant de ces dispositions se prescrivent par cinq ans.

(7) « Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque les avantages excessifs étrangers à la Société sont poursuivis par l'exercice du droit de vote. »

116. — Ainsi, une curieuse métamorphose s'est réalisée : un texte projeté pour parer à l'abus par l'actionnaire du droit de vote est devenu un texte établissant la responsabilité de toute personne, actionnaire ou tiers, à l'instigation de laquelle les membres de la Direction ou du Conseil de Surveillance commettent une faute de service. L'abus du droit de vote est précisément écarté. Il n'est sanctionné que dans le § 197, al. 2, qui déclare annulable une délibération lorsqu'elle repose sur un vote « par lequel l'actionnaire a dolosivement cherché, pour lui-même ou pour un tiers, des avantages excessifs et étrangers à la Société, au préjudice de la Société ou de ses actionnaires, si la délibération est de nature à servir ce but » (1). Par là, toute la base de la clause générale a changé : elle n'est plus une conséquence du lien contractuel entre les associés, elle a été élevée à une règle du droit commun ; on a créé un délit spécial en vue de protéger les sociétés par actions et les actionnaires. Un reste de la conception primitive se trouve encore dans le terme « étrangers à la Société » ; en effet, l'avantage cherché par un tiers sera toujours « étranger à la Société », on ne saurait lui en faire un reproche. Il n'en est autrement que pour l'actionnaire, qui emploie ses droits sociaux à des fins qui n'ont rien à voir avec l'objet de la Société.

(1) Nous reviendrons plus loin sur cette disposition et sur la question de savoir si un tel vote peut engendrer la responsabilité en vertu du § 826 C. c. allemand.

117. — Cette généralisation de la clause quant aux personnes visées est compensée par la multiplication des conditions auxquelles la responsabilité est subordonnée. Il faut que l'instigateur ait agi par dol ; il est vrai que ce terme couvre aussi le dol éventuel, mais la preuve sera néanmoins difficile à fournir. On peut encore se demander pourquoi il ne suffit pas de prouver que l'actionnaire ou le tiers a lésé intentionnellement la Société, et pourquoi il faut en outre démontrer qu'il a eu l'intention d'obtenir pour lui-même ou pour autrui un avantage excessif. Cette restriction se justifie cependant pour deux raisons : d'une part, il doit être permis d'user de son influence sur la Société pour s'assurer un profit légitime, même au préjudice de la Société ou des actionnaires. Personne n'est obligé de faire à une société par actions, par exemple, un meilleur prix qu'à un autre client, même si le contrat est au préjudice de la Société (par exemple parce que toute l'opération est inutile). On ne saurait exiger d'un tiers, peut-être même pas d'un actionnaire — bien que la position de celui-ci ne soit pas tout à fait la même, — de ne pas employer son influence pour obtenir la conclusion d'un tel contrat avec lui. D'autre part, il faut se garder des procès vexatoires qui seraient à craindre si l'on permettait de poursuivre quiconque a déterminé un administrateur à des actes préjudiciables à la Société. Enfin, dernière question, tout progrès n'est-il pas paralysé par l'alinéa 3, qui permet à l'instigateur de se retrancher derrière ses intérêts ou les intérêts d'un tiers « dignes de protection ». Il est vrai qu'en l'absence d'un tel intérêt, on pourrait l'atteindre déjà par le § 826 C. civ. allemand, car c'est seulement et précisément un tel intérêt qui peut ôter le caractère immoral et déloyal aux procédés visés par le § 101, al. 1. Mais le progrès semble consister en ce que, jusqu'ici, il fallait prouver toutes les circonstances révélatrices de ce caractère, y compris l'absence d'un intérêt digne de protection. Désormais il appartient au défendeur d'invoquer l'alinéa 3 et de prouver l'intérêt justificatif.

118. — Mais la modification la plus profonde du droit antérieur paraît être l'ouverture, par le § 101, d'une action directe et personnelle au profit des créanciers et actionnaires, non seulement contre les instigateurs (al. 1) et les bénéficiaires de mauvaise foi (al. 2 prop. 2), mais aussi contre les Directeurs et Conseillers de Surveillance (al. 2 prop. 1). Quant à l'action des créanciers (al. 5), elle est la même que celle que leur accorde le § 84, al. 5, relatif à la responsabilité des Directeurs, mais qui ne vise que les cas de faute lourde. Au contraire, dans le cadre du § 101, toute faute de gestion suffit, et il se peut bien que la faute soit légère, si, par exemple, les instigateurs ont habilement dissimulé aux Directeurs le caractère préjudiciable à la Société des opérations qu'ils leur conseillent. En ce qui concerne les actionnaires, ils n'ont en principe aucune action personnelle contre les Directeurs ou contre les membres du Conseil de Surveillance ; mais, par exception à cette règle, le § 101, al. 1, protège formellement, non seulement la Société, mais aussi les actionnaires. Tandis que l'objet de l'action des créanciers est la réparation du préjudice de la Société, les actionnaires ne peuvent que recouvrer leur pertes personnelles ; mais la condition de l'action est la même : une faute de gestion vis-à-vis de la Société ; peu importe, en ce qui concerne l'action des actionnaires, que cette faute ait été sans conséquence dommageable pour la Société.

119. — On peut trouver une certaine incohérence dans ce que les Directeurs et membres du Conseil de Surveillance doivent répondre, envers les créanciers et actionnaires, de fautes de gestion qui n'ont rien de particulièrement grave, et que leur propre responsabilité se trouve ainsi augmentée du seul fait que d'autres les ont entraînés (1). A la rigueur, on peut justifier ainsi cette réglementation : l'action directe des actionnaires et créanciers fondée sur une faute de gestion

(1) M. HEYMANN voulait, au contraire, intéresser les administrateurs à la révélation du vrai coupable, en leur accordant le bénéfice de discussion, *op. cit.* (note 1), pp. 237-238 ; il n'envisageait pas encore l'action personnelle des actionnaires, inconnue des projets de 1930 et 1931.

des administrateurs est mal vue par la loi allemande, par crainte d'action abusive. Or, dans l'hypothèse du § 101 ce danger est réduit. Il faut prouver deux faits subjectifs : la mauvaise foi caractérisée, dont parle l'al. 1 du § 101, d'un instigateur, et la faute de gestion ou de surveillance du Directeur ou Conseiller de Surveillance mis en cause, tandis que, dans le cadre du § 84, c'est au Directeur ou Conseiller de Surveillance de prouver son innocence (§ 84, al. 2, prop. 2). En outre, le Directeur ou Conseiller de Surveillance moins coupable aura un recours contre les autres responsables, par analogie du § 840, al. 2, C. civ. allemand. A notre avis, il suit d'ailleurs *a fortiori*, du § 101, que les Directeurs et membres du Conseil de Surveillance sont directement responsables envers les actionnaires toutes les fois qu'ils se sont personnellement avisés de chercher ainsi des avantages excessifs étrangers à la Société, pour eux-mêmes ou pour un tiers. Tous ces problèmes sont jusqu'ici peu étudiés dans la doctrine allemande. On attend la jurisprudence. C'est en effet d'elle que dépendra le sort de cette réforme intéressante.

CHAPITRE II

LE CAPITAL SOCIAL

§ 1. — La réunion du capital social et la constitution de la Société

a) La confection des statuts

120. — Avant de chercher les personnes et les capitaux qui constitueront la Société, il convient (1) de mettre au point son programme et son organisation. C'est l'objet de l'acte constitutif, que la loi appelle, conformément au langage courant « les Statuts » (*Satzung*). La rédaction des statuts est un acte préparatoire qui à lui seul est sans portée juridique. La signature des statuts n'engage à rien, même pas à collaborer à la constitution de la Société. Elle ne contient aucune déclaration de volonté. Ce qui importe, c'est l'adhésion, la participation à la Société projetée. Tandis qu'en France le projet des statuts prévu par l'art. 1^{er} L. 1867 (texte 1937) peut être signé par quelqu'un qui n'entend pas devenir actionnaire, le § 2 de la Loi prescrit que toute personne signant les statuts doit déclarer prendre au moins une action, et le § 16, al. 2 ajoute que l'acte de société doit énoncer, en dehors des statuts proprement dits, le montant et le taux d'émission, ainsi que la catégorie des actions prises par chaque fondateur. Ainsi les fondateurs sont en même temps les premiers actionnaires, et la fixation des statuts coïncide

(1) L'obligation d'établir les statuts avant les souscriptions ne date cependant que de la réforme de 1884. En France, elle n'a été formulée que par le décret-loi du 31 août 1937, art. 1, modifiant l'art. 1 L. 1867.

avec la conclusion du contrat de société, dans les cas du moins où toutes les actions sont réparties entre les fondateurs, ce qui est la règle générale ; si les fondateurs ne souscrivent qu'une partie des actions, la fixation des statuts coïncide avec le commencement de ce contrat et constitue une sorte d'offre collective des fondateurs au public.

121. — Le nombre minimum des actionnaires fondateurs est de 5 (§ 2). C'est peu, en comparaison avec l'art. 23 de la L. 1867 qui exige 7 actionnaires primitifs pour réunir un capital minimum de 700 francs, tandis que les fondateurs allemands doivent prendre à leur charge 500.000 RM au moins.

En revanche, la Loi allemande est sévère quant à la forme du contrat de société : la forme authentique est de rigueur, c'est-à-dire un acte par devant un notaire ou un juge cantonal, conforme aux §§ 128 C. civ., 167 ss. Loi sur la juridiction gracieuse (§ 16, al. 1). Les mandataires des parties doivent être munis de pouvoirs légalisés par un juge ou un notaire, au sens des §§ 129 C. civ., 183, Loi sur la juridiction gracieuse. Cette rigueur est destinée à faire comprendre aux parties l'importance de l'acte qu'elles entendent accomplir, mais surtout à garantir la rédaction impeccable des statuts, le juge ou le notaire étant personnellement responsable des vices de forme ou de fond qu'il aurait pu déceler, § 839 C. civ. allemand (1). La jurisprudence étend ces règles de forme à tout engagement de collaborer à la constitution d'une société par-actions en qualité de fondateur (2). La formalité fiscale de l'enregistrement n'existe pas en Allemagne, les apports à la Société n'en sont pas moins soumis à un droit de mutation de 2 % (*Kapitalverkehrssteuer*),

(1) La responsabilité de l'Etat se substitue à celle du juge, art. 131 Constitution de Weimar, § 1, Loi sur la responsabilité de l'Empire pour ses fonctionnaires, du 22 mai 1910, mais non pas à celle des notaires, § 5, n° 1, de cette dernière Loi.

(2) V. Trib. d'Emp., 22 octobre 1937, *RGZ* 156, 129 (137/140), où tout le problème de ces conventions préalables à la constitution (*Vorgründungsverträge*) est discuté.

auquel s'ajoutent parfois encore d'autres droits, sans parler des frais de l'acte notarié.

122. — Le § 16, al. 3, prescrit les points que les Statuts doivent nécessairement régler, disposition qui est extrêmement importante, car l'absence ou la nullité des clauses ainsi rendues obligatoires — et cette absence ou nullité seule — entraîne la nullité de la Société (§ 216, al. 1). Ces points sont : la raison, le siège (1), l'objet, le capital, les montants nominaux des actions et leur répartition dans les différentes catégories (s'il y en a), la manière dont sera composée la Direction (c'est-à-dire le nombre des Directeurs, les qualités requises, p. ex. nationalité allemande, qualité d'actionnaire, etc.), la forme des publications émanant de la Société.

Autant qu'on peut en juger d'après les règles du nouvel article 1^{er} de la L. 1867, sur les bulletins de souscription, il suffirait en France, à la rigueur, d'un acte constitutif qui ne réglerait que la raison sociale, le siège, l'objet et le capital ; mais il faudrait, semble-t-il, ajouter une clause sur le mode de convocation des actionnaires en Assemblée Générale, pour satisfaire aux art. 25 et 27 ; en Allemagne, la situation était semblable sous le Code de Commerce, mais la Loi de 1937 a réglé elle-même la convocation de l'Assemblée Générale, dans le § 105, al. 2.

Naturellement, les Statuts contiennent d'habitude beaucoup plus de clauses. Ils peuvent, en effet, *compléter* les règles de la Loi partout où la réglementation légale n'est pas complète, mais ils ne peuvent *déroger* à la loi que dans les cas formellement prévus, ainsi que nous l'avons exposé plus haut.

(1) Mais non pas, comme en France, l'adresse, l'indication de la commune où se trouve le siège suffit. Voilà une différence sérieuse entre le droit allemand et le droit français. Une modification de l'adresse à l'intérieur de la même commune n'est donc pas, en Allemagne, une modification des Statuts. En France, la même solution a été soutenue par la Cour de Paris, 27 novembre 1931, *Journ. des Soc.* 1932, 149 ; Trib. Com. Béziers, 7 mars 1938, *Rec. Soc.* 1938, 711, notre J. R., mais la publication et le dépôt sont toujours exigés.

b) *La constitution simultanée jusqu'à l'immatriculation*

123. — A la base et au commencement de chaque société par actions allemande se trouve donc nécessairement un acte authentique contenant les statuts et signé par au moins cinq personnes, qui prennent chacune une ou plusieurs actions. Mais à partir de ce stade, la constitution peut continuer de deux manières différentes : ou bien les fondateurs prennent toutes les actions, soit dans l'acte constitutif même, soit dans un acte séparé qui doit, dans ce cas, être également authentique et énoncer le montant, le taux d'émission et la catégorie des actions souscrites en supplément (§ 22, al. 2) : constitution simultanée (*Simultangründung*). Ou bien les fondateurs offrent le reste des actions à des tiers : constitution par étapes successives (*Stufengründung*) (1).

La constitution simultanée est la seule qui existe en pratique. Il en serait sans doute de même en France, où elle est déjà la plus fréquente à l'heure actuelle, si la loi la favorisait davantage. A notre avis, la loi allemande est plus proche de la réalité si elle prévoit comme constitution-type celle où la Société se compose au début d'un nombre restreint de membres signataires des Statuts, de sorte qu'on peut se passer de bulletins de souscription et assemblées constitutives (2).

124. — Dès que les fondateurs ont déclaré prendre toutes les actions, la société allemande est « fondée » (*errichtet*), § 22, al. 1, c'est-à-dire que les adhésions sont devenues irrévocables et qu'il existe une société civile, première étape de la société par actions et qui n'est pas à confondre avec la

(1) Le terme *Simultangründung* ne se trouve pas dans la Loi, c'est une expression inventée par la doctrine pour désigner cette forme de constitution où la souscription du capital est « simultanée » à la signature des statuts. Il a été adopté par le Code des Obligations suisse lors de la révision du 18 déc. 1936 (titre de l'art. 638) et traduit, dans le texte français, par « fondation simultanée ».

(2) Toutes les critiques du décret-loi du 31 août 1937 regrettent que celui-ci n'ait pas fait une distinction entre les sociétés qui font appel à l'épargne publique et les autres, v. p. ex. SOLUS, *La réforme du droit des sociétés*, 1938, p. 12.

société civile qui a pu exister auparavant entre les fondateurs ou quelques-uns d'entre eux en vue de constituer la Société.

En vertu du contrat de société conclu entre eux par la prise des actions, les fondateurs sont tenus, l'un envers l'autre, de faire tout le nécessaire pour obtenir l'immatriculation de la Société. Mais jusqu'à cette immatriculation la Société reste civile et soumise, sauf stipulation contraire, à toutes les règles du droit civil et surtout au principe de l'unanimité. Toutefois, pour qu'elle puisse agir, cette Société élit, d'après les règles applicables à la Société définitivement constituée, le premier Conseil de Surveillance, qui, à son tour, nomme la première Direction, § 23. L'élection du Conseil de Surveillance doit être constatée dans un acte authentique. Elle se fait en règle générale dans l'acte constitutif même, qui contient donc à l'ordinaire trois dispositions : 1° Il est constitué entre les soussignés une société par actions, régie par les Statuts ci-après... ; 2° Les actions sont réparties ainsi entre les soussignés ... ; 3° Comme membres du premier Conseil de Surveillance, ont été élus MM...

125. — Mais si les organes de la Société en formation commencent déjà à fonctionner dans la mesure où cela est nécessaire pour arriver à la constitution définitive, les fondateurs ne peuvent pas encore se borner au rôle plutôt passif d'actionnaire. Ils doivent faciliter aux Directeurs et membres du Conseil de Surveillance, ainsi qu'au juge du Registre du Commerce, le contrôle de la constitution, en rédigeant un rapport écrit (§ 24, al. 1) qui doit énoncer notamment « si et dans quelle mesure des actions ont été souscrites pour le compte d'un membre de la Direction ou du Conseil de Surveillance, et si et de quelle manière un membre de la Direction ou du Conseil de Surveillance a stipulé un avantage particulier ou une indemnité ou une récompense pour la constitution ou sa préparation », § 24, al. 3. Aux cas d'apports en nature ou de reprises de biens par la Société, les seuls où le rapport ait été obligatoire jusqu'à la Loi de 1937

(§ 191 C. com. allemand), ce rapport doit être particulièrement circonstancié, § 24, al. 2.

126. — Sur cette base, la Direction et le Conseil de Surveillance commencent leur activité par le contrôle de la constitution, qui s'étend à la légalité et à la sincérité de tous les actes et déclarations, jusqu'au rapport des fondateurs. Chaque Directeur et Conseiller de Surveillance dépose un rapport écrit. Dans les cas jugés suspects par la Loi (1), un contrôle par des contrôleurs experts nommés par le tribunal est en outre prescrit, dont on parlera plus loin dans le chapitre sur les contrôleurs.

Toutes ces mesures ont été inventées par la réforme de 1884 et renforcées par la loi de 1937, §§ 24 à 27, de crainte que les fondateurs et leurs créatures, dans la Direction et le Conseil de Surveillance, n'emploient la constitution de la Société pour drainer dans leurs poches l'argent des actionnaires subséquents en leur laissant une société avec un actif plus réduit qu'on ne le pouvait escompter, surtout par la surestimation des apports en nature. Mais, à l'heure actuelle, ces mesures n'ont plus qu'un rôle préventif. Elles rendent impossibles les fraudes les plus grossières telles qu'on les a vues de 1871 à 1873. Mais le vrai contrôle a lieu ailleurs (2). Les sociétés étant fondées en règle générale par un syndicat de grands capitalistes et sociétés, avec l'aide des banques, ce sont ces dernières qui vérifient la solidité de l'entreprise projetée, dans leur propre intérêt et d'une manière beaucoup plus complète que ne le peut prévoir la Loi.

127. — Après le contrôle, au plus tard, la Direction doit passer à l'appel des premiers fonds, § 28, al. 2. Un quart au moins de la valeur nominale et toute la prime d'émission doivent être versés sur chaque action libérable en numé-

(1) Un membre de la Direction ou du Conseil de Surveillance a souscrit des actions ou les a fait souscrire par un prête-nom, ou s'est fait promettre un avantage particulier ou une indemnité ou rémunération ; un apport en nature ou une reprise de biens a été stipulé, § 25, al. 2.

(2) V. HACHENBURG, note 72, pp. 97 ss.

raires, § 28, al. 2, prop. 2. Comment ce versement doit-il se faire ? « En espèces », dit la loi française (art. 1^{er}, al. 2, L. 1867, texte 1937). C'était aussi le principe du § 195 du Code de commerce allemand. Mais cette réglementation s'étant avérée trop rigide (v. *supra* n° 15), le § 49, al. 3, permet que la Société accepte le versement ou le virement à un compte en banque (1) ou à un compte chèques postaux de la Société, ou — parce qu'il est douteux que la Société, qui n'a pas encore la personnalité morale, puisse avoir un compte — de la Direction. Mais dans ce dernier cas, la Loi attribue expressément la créance contre la banque ou la poste à la Société, § 49, al. 3, prop. 2.

L'argent doit être versé « à la libre disposition de la Direction » ; les actionnaires ne doivent se réserver aucun droit. Avant l'immatriculation, la Direction ne peut disposer des fonds. La loi allemande ne prescrit pas des mesures telles que les alinéas 6 et 7 de l'art. 1^{er} L. 1867 (texte 1937). Il lui suffit que les Directeurs doivent prouver au juge, lors de l'immatriculation, que les fonds sont à leur libre disposition (2). La loi permet cependant l'emploi des fonds au paiement des droits fiscaux et autres qui sont à la charge de la Société et doivent être réglés avant l'immatriculation.

128. — Enfin, on peut déclarer la Société au tribunal cantonal du siège aux fins d'immatriculation au Registre du Commerce. Cette déclaration peut se faire au greffe du tribunal ou dans un écrit légalisé et déposé au greffe, § 12 C.

(1) Les banques allemandes sont, depuis la Loi du 5 déc. 1934, sous un contrôle étroit de l'Etat ; en outre, les fondateurs et administrateurs répondent de la solvabilité de la banque et de ce qu'elle ne fait valoir aucun droit sur les sommes reçues, §§ 39 et 41. En France, la jurisprudence a toujours permis le règlement par virement, V. PIC, note sous Lyon, 15 mars 1935, D. P. 1938, II, 49, voire par compensation ; mais cette dernière pratique n'est pas au-dessus de tout doute depuis l'alinéa 10, inséré dans l'art. 1^{er} L. 1867 par le décret du 31 août 1937, v. DOLBEAU, *Rev. Gén. Dr. Com.* 1938, 569 ss., et les remarques de M. DALSACE relatives au décret du 2 déc. 1938, *Gaz. Pal.* 15/16 janv. 1939.

(2) Si les fonds sont dans une banque, la preuve se fait par un certificat délivré par celle-ci et de l'exactitude duquel la banque est responsable, § 29, al. 1, prop. 3.

com. Cette dernière forme est plus fréquente. Tous les fondateurs, membres de la Direction et du Conseil de Surveillance, doivent faire ou signer la déclaration, § 28, al. 1. La déclaration est toujours un acte essentiellement personnel, car elle peut entraîner des responsabilités civiles et pénales (1). En effet, il faut affirmer, dans la déclaration, que les règles sur le versement du quart ont été observées, en spécifiant le taux d'émission des actions et la fraction réclamée, et en produisant les pièces justificatives nécessaires, § 29, al. 1. A la déclaration, sont annexés un grand nombre de documents pour permettre au juge d'exercer un contrôle sur l'observation des règles légales. En outre, les Directeurs doivent déposer leurs signatures.

Ainsi, le juge est en possession de tous les éléments nécessaires pour faire la dernière vérification qui doit précéder l'immatriculation, acte créateur de la Société.

c) La constitution par étapes

129. — La constitution par voie de mise en souscription a été conservée dans la Loi de 1937 « pour ne pas faire de la fondation des sociétés, un privilège des personnes de grande puissance financière et des banques » (Motifs Officiels), mais l'intérêt du § 30 qui la règle en 12 alinéas sera, malgré l'augmentation du capital social minimum, plutôt théorique que pratique (2). Cet intérêt théorique apparaît justement si l'on compare le § 30 avec le § 1 de la Loi de 1867 (texte de 1937), qui ne connaît que cette forme de constitution.

130. — Les bulletins de souscription sont obligatoires dans les deux législations. Mais le bulletin allemand contient beaucoup plus de mentions que le bulletin français, savoir,

(1) V. Trib. d'Emp., 29 mai 1934, *RGZ* 144, 348 (350 ss.).

(2) Il y a cependant quelquefois des constitutions par étapes, ainsi par exemple dans l'affaire jugée par le Trib. d'Emp. le 8 décembre 1936, *RGZ* 154, 65, *JW* 1937, 1938, note BARZ ; cet arrêt intéressant a pour objet l'obligation pour les fondateurs de restituer aux souscripteurs les mises versées, si la constitution par étapes a échoué.

en dehors de celles prévues à l'art. 1^{er}, al. 4, L. 1867, sous les n^{os} 1, 2, 3, 5 (raison, siège, objet, capital) et 7 (date du dépôt des Statuts, mention à laquelle est substituée en Allemagne, où ce dépôt n'existe pas, la date des Statuts) (1), les clauses statutaires sur le fractionnement du capital social, la composition de la Direction, les publications émanant de la Société, les avantages particuliers, les dépenses de la constitution, les apports en nature et les reprises de biens, les noms, qualités et domiciles des fondateurs, le taux d'émission et la fraction payable avant l'immatriculation, enfin — mention superflue en France en vertu de l'al. 8 de l'art. 1^{er}, L. 1867 — le terme où la souscription devient caduque en cas de non constitution.

En outre, la loi allemande règle la sanction : le bulletin incomplet ou qui contient, en dehors du terme où la souscription devient caduque, des réserves du souscripteur, est nul. Mais cette nullité, de même que la caducité, n'entraînent pas la nullité de la Société, si celle-ci a été immatriculée. Elle ne dispense même pas le souscripteur de ses devoirs si le bulletin énonce au moins le nombre, le montant et la catégorie des actions souscrites et si, en vertu de ce bulletin, le souscripteur a voté dans l'Assemblée Générale constitutive ou a exercé plus tard les droits ou accompli les obligations d'un actionnaire. Dans ces cas, la nullité est couverte, mais la réserve insérée illicitement dans le bulletin est opposable à la Société, seules les réserves qui n'apparaissent pas dans le bulletin lui sont inopposables.

131. — La souscription de la totalité du capital est suivie, comme lors de la constitution simultanée, de la nomination du premier Conseil de Surveillance ; à cet effet, les fondateurs convoquent une première Assemblée Générale. Cette nomination est suivie par le rapport des fondateurs et le contrôle. Mais le versement du quart doit ici avoir lieu avant la nomination du Conseil de Surveillance pour rendre pos-

(1) Les points prévus sous 4^o (Balo) et 6^o (lieu où les fonds sont versés) n'ont pas de pendants en Allemagne.

sible le vote dans la première Assemblée Générale, le § 114, al. 2 ne permettant de voter dans l'Assemblée qu'après la libération du quart. A la déclaration au Tribunal doivent être annexés les doubles des bulletins de souscription et une liste des souscripteurs signée par les fondateurs et énonçant les actions revenant à chaque souscripteur et les versements effectués.

132. — Jusqu'à ce moment, la Société n'a pas encore été « fondée ». Il existe tout au plus une société civile entre les fondateurs. Ceux-ci forment avec les souscripteurs un groupement qui ne devient définitif qu'à la suite d'une deuxième Assemblée Générale convoquée, après la déclaration, par le Tribunal, et présidée par le juge. Les directeurs et conseillers de surveillance exposent les résultats du contrôle. Jusqu'à la délibération, chaque membre de la Direction et du Conseil de Surveillance peut retirer sa signature de la déclaration au Tribunal et rendre ainsi caduque cette déclaration. A la demande de la simple majorité des voix, l'Assemblée doit être ajournée. La résolution doit être prise à une majorité comprenant le quart des actionnaires et le quart du capital. Les personnes ayant stipulé des avantages particuliers où des dépenses de la constitution ou qui ont fait des apports en nature ou desquelles la Société reprend des biens n'ont pas de voix, ni pour eux-mêmes, ni en qualité de mandataires ; cette disposition est nouvelle, elle rend impossible la constitution par étapes si plus des trois quarts du capital sont représentés par des apports en nature ou si plus des trois quarts des actionnaires profitent des clauses statutaires visées. En revanche, on a un peu facilité la modification des statuts. Tandis que, lors de la constitution simultanée, les fondateurs ne peuvent modifier les statuts qu'à l'unanimité et par un nouvel acte authentique, l'Assemblée Générale constitutive peut décider une modification d'après les mêmes règles que l'Assemblée Générale après l'immatriculation, sous réserve des clauses essentielles, énumérées au § 30, al. 10, au changement desquelles est requise l'unanimité des actionnaires présents. La Loi de 1937 a restreint le

nombre de ces clauses jugées essentielles, ce sont désormais : les clauses obligatoires, les clauses sur la forme des actions, les clauses sur les avantages particuliers, les dépenses de la constitution, les apports en nature et les reprises de biens (l'unanimité n'est requise que pour les aggravations), sur la durée de la Société (l'unanimité n'est requise que pour la prolongation) et sur les conditions de quorum et de majorité dans l'Assemblée Générale (l'unanimité n'est requise que pour la suppression de telles conditions).

133. — Tout en étant plus proche de la procédure prévue par la loi française que la constitution simultanée, la marche des opérations réglée dans le § 30 en est encore assez différente. Le début est le même : confection des statuts et souscription du capital, suivies, à l'ordinaire, immédiatement, du versement du quart. Mais la suite est différente. En France : déclaration notariée, première Assemblée Générale pour nommer les commissaires aux apports (en cas d'avantages particuliers ou d'apports en nature), deuxième Assemblée Générale approuvant lesdits apports ou avantages, vérifiant la déclaration notariée, et nommant les administrateurs et commissaires aux comptes, enfin acceptation de ces personnes rendant la constitution définitive (art. 1^{er}, al. 9, 4, al. 1, 4, al. 2, 2/4, al. 2, 25, al. 1, 25, al. 5, L. 1867). En Allemagne : première Assemblée Générale pour nommer le Conseil de Surveillance qui nomme à son tour la Direction, rapport des fondateurs et contrôle par les administrateurs, parfois par des commissaires, déclaration au Tribunal, deuxième Assemblée Générale ratifiant la constitution, enfin dernière vérification et immatriculation par le juge.

Quelles sont les raisons de cette divergence ? La déclaration notariée du droit français correspond dans une certaine mesure à la déclaration au registre du commerce qui, en France, n'existe pas dans la même forme. Les commissaires sont nommés en Allemagne par le Tribunal. La deuxième Assemblée du droit allemand se distingue de la deuxième Assemblée française parce qu'elle ne contrôle pas seulement, mais décide librement de la constitution (ce qui

n'est en réalité qu'une différence purement verbale). L'idée directrice du droit allemand se révèle dans les deux institutions inconnues du droit français : la nomination des administrateurs dans la première Assemblée Générale, et le contrôle exercé par eux sur la base des rapports des fondateurs. Cette idée directrice qui a animé le législateur de 1884 — la Loi de 1937 n'a ici fait que confirmer la réforme de 1884 — c'est la méfiance contre les fondateurs. En France, ce sont les fondateurs auxquels on confie la constitution, et c'est seulement après l'Assemblée constitutive que les premiers administrateurs doivent encore une fois vérifier la constitution sous peine d'engager leur responsabilité en cas de nullité, L. 1867, art. 42 (1). C'est seulement en 1937 qu'on a trouvé nécessaire de limiter leur liberté dans l'emploi des fonds par les nouveaux alinéas 6 et 7 de l'art. 1^{er}, L. 1867. En Allemagne, on veut les écarter de la gestion aussi vite que possible, c'est pourquoi on hâte la nomination des premiers fonctionnaires ; on soupçonne les fondateurs de toutes sortes de fraudes, c'est pourquoi on les oblige à faire un rapport circonstancié et soumet leur activité à un contrôle plus sévère qu'en France. C'est enfin la même idée qui a inspiré la règle d'après laquelle la deuxième Assemblée est entourée de tant de garanties : On n'a pas confiance aux premiers administrateurs, puisqu'ils seront souvent, ou bien eux-mêmes des fondateurs, ou bien leurs amis, et on charge donc le juge de la convocation, après un premier contrôle préalable, et de la présidence. Puisque le législateur craint que le vote ne soit le résultat d'un hasard ou d'une surprise, il exige exceptionnellement un quorum par têtes et par actions et autorise la majorité à demander l'ajournement pour réfléchir.

Cette même méfiance contre les fondateurs a déjà inspiré le § 2 qui prescrit que l'acte constitutif doit être signé par cinq personnes au moins qui prennent des actions. En France on se contente d'un seul fondateur qui n'a même pas

(1) V. sur cette responsabilité Req., 7 janvier 1930, D. P. 1932, I, 191, note CORDONNIER.

besoin de prendre des actions. En Allemagne, la loi exige qu'il y en ait plusieurs solidairement responsables aux termes du § 39, afin que la Société ait plus de garanties de recouvrer éventuellement le dommage subi, et il est de rigueur que ces fondateurs assument eux-mêmes une partie au moins du risque en participant à la Société qu'ils fondent.

Nous avons fait abstraction ici des différences entre les deux législations qui découlent de cette tendance de la loi allemande, tout à fait inconnue du droit français, d'assurer à la fois une très grande publicité et la validité de la constitution, en subordonnant l'existence de la Société à l'immatriculation au Registre du commerce après une dernière vérification par le juge.

*d) Le contrôle judiciaire et la portée générale
de l'immatriculation au Registre du Commerce*

134. — Le droit du juge préposé au Registre du commerce de vérifier la régularité de la constitution résulte du principe général que le juge a le devoir d'examiner la recevabilité des demandes d'immatriculation dont il est saisi. Mais dans son § 31, la Loi de 1937 est allée plus loin. Elle a chargé le juge d'une fonction et d'une responsabilité (1) nouvelles. Certes, le juge n'a pas à s'inquiéter de l'opportunité de la nouvelle société, mais il doit s'assurer, dans une certaine mesure, de la sincérité des déclarations qui lui ont été soumises. Il n'examine donc pas seulement si la déclaration et les pièces annexées sont complètes et conformes aux prescriptions légales et ne sont pas entachées d'une nullité d'ordre public, mais il exige aussi, s'il a raison d'en douter, des preuves supplémentaires à l'appui des affirmations faites par les fondateurs et administrateurs.

(1) Sa responsabilité est réglée par le § 839, C. c. allemand, la responsabilité de l'Etat lui est substituée en vertu de l'art. 131, Constitution de Weimar, § 1, L. sur la responsabilité de l'Empire pour ses fonctionnaires, du 22 mai 1910 ; le recours de l'Etat contre le fonctionnaire est réglé dans le § 2 de cette dernière Loi et le § 23 de la Loi sur les Fonctionnaires, du 23 janvier 1937.

135. — La Loi vise tout particulièrement les apports en nature et les reprises de biens. Le § 31, al. 2 autorise le Tribunal « à refuser l'immatriculation si les contrôleurs déclarent ou s'il est « manifeste » (*offensichtlich*) que le rapport des fondateurs ou des membres de la Direction et du Conseil de Surveillance est inexact ou incomplet ou que les prestations accordées pour les biens apportés à ou repris par la Société sont excessives » ; le juge doit cependant « donner l'occasion aux intéressés de remédier aux critiques ».

On aurait pu justifier, peut-être, la même solution sous le régime du Code de commerce, au moins en ce qui concerne les apports en nature. En effet, une majoration grossière des apports en nature constitue une émission d'actions au-dessous du pair, émission formellement interdite par le § 9 (184 C. com.). Mais les tribunaux montraient peu d'envie de se mêler de ces questions. Récemment, un revirement de la jurisprudence s'est cependant produit en matière de sociétés à responsabilité limitée où l'absence de tout contrôle de la constitution avait facilité des abus particulièrement choquants (1). En matière de sociétés par actions, le problème a surtout de l'importance lors d'une augmentation du capital où il n'y a pas de vérification par les contrôleurs.

136. — L'immatriculation et sa publication sont des mesures de publicité qui seront examinées plus loin à ce titre. Ce qui intéresse ici, c'est le rôle de l'immatriculation dans la vie de la Société. L'immatriculation transforme la société civile des fondateurs (ou des fondateurs et souscripteurs) qui existe depuis la « fondation » en une personne morale vivant désormais sous le régime légal des sociétés par actions. Les parts qui étaient jusqu'ici celles d'une société civile, donc incessibles, deviennent des actions. Le § 34, al. 4 souligne la portée de cette métamorphose. Il déclare sans effet, non seulement vis-à-vis de la Société (tel que le fit le § 200, C. com.), mais à l'égard de tout tiers, les transferts opérés avant

(1) V. Trib. d'Emp., 20 juillet 1937, *RGZ* 155, 211 (213).

l'immatriculation. Ces transferts ne peuvent créer que des engagements personnels entre le cédant et le cessionnaire. L'action future est donc incessible et insaisissable. Un titre émis avant l'immatriculation est nul, son émission engendre la responsabilité civile (§ 34, al. 4) et pénale (§ 296, al. 1, n° 4) des coupables. La nullité n'est même pas couverte par l'immatriculation subséquente. Ainsi, la Loi assure qu'au moment de la naissance de la Société par actions, aucun doute ne peut subsister sur la personne de ses actionnaires.

e) Les effets particuliers de l'immatriculation :

1° L'immatriculation crée la Société libre de tout engagement qui n'apparaît pas dans les Statuts

137. — La grande question qui se pose est de savoir s'il y a « identité » entre ladite société civile et la société définitive. Le terme « identité » a donné lieu à beaucoup de controverses stériles imprégnées du plus pur conceptualisme. Dégagé de la phraséologie constructiviste, le problème est de savoir dans quelle mesure les actes qui se sont passés avant l'immatriculation, ont effet pour ou contre la Société telle qu'elle existe après. La forme et l'objet sont différents (1), les membres et fonctionnaires sont les mêmes. Mais quelle est la situation quant aux droits et obligations ? Cette question a une grande importance pratique en Allemagne, le délai entre la fondation et la constitution définitive étant parfois assez long. Le § 34 de la Loi a évité de prendre nettement position dans cette question controversée, mais il est quand même plus explicite que le § 200 C. com. allemand. C'est cependant surtout dans les §§ 19 et 20 relatifs aux avantages particuliers, dépenses de la constitution, apports en nature et reprises de biens, qu'on trouve la solution (2).

(1) L'objet de la société en formation était la constitution de la société définitive, qui est atteint dès l'immatriculation.

(2) Les clauses de ce genre sont traitées par la Loi et aussi par la doctrine, en Allemagne comme en France, dans le chapitre de la constitution. C'est exact en France et l'était également en Allemagne, tant que

138. — Le § 19, al. 2 prescrit la fixation des dépenses de la constitution (*Gründungsaufwand*) dans les statuts. Le terme « dépenses de la constitution » vise « toutes les dépenses prises en charge par la Société en faveur d'actionnaires ou d'autres personnes à titre d'indemnité ou de récompense pour la constitution ou sa préparation ». L'inobservation de cette règle rend toute convention de ce genre inopposable à la Société. Nous employons le terme « inopposable » familier au lecteur français bien qu'il soit certainement plus exact de traduire littéralement « non valable par rapport à la Société » ; il ne s'agit en effet pas d'un simple droit de la Société, mais d'une situation objective que le cocontractant peut invoquer aussi bien que la Société. Si des promesses si intimement liées et peut-être nécessaires à la constitution sont si sévèrement traitées, il s'ensuit *a fortiori* que tout autre engagement doit être également incorporé aux statuts pour être opposable à la Société définitive. Voilà le principe général. Les §§ 19 et 20 n'en sont que des précisions qui, comparables aux règles sur l'articulation du bilan, facilitent le contrôle. Ainsi, tout avantage particulier accordé à un actionnaire déterminé (1) doit être spécifié ainsi que la personne du bénéficiaire. Cette règle (§ 19, al. 1) est donc plus sévère que celle relative aux dépenses ordinaires pour lesquelles, d'après l'alinéa 2, une indication globale suffit ; elle s'applique d'ailleurs aux seuls avantages qui n'ont d'autre contre-partie que la participation à la Société, toute autre hypothèse tombe sous le coup de l'al. 2 (dépenses ordinaires) ou du § 20 (reprises de biens ou convention assimilée au sens exposé plus loin, n° 141).

la Loi prescrivait une marche différente de la constitution selon l'existence de telles clauses. Mais la Loi de 1937 a généralisé le rapport des fondateurs et le contrôle de la constitution, de sorte que, désormais, le sens des règles relatives à ces clauses apparaît plus clairement si l'on considère la situation après l'immatriculation.

(1) L'avantage est « particulier » lorsqu'il est attaché à la personne et non pas au titre, peu importe qu'il soit octroyé à un, plusieurs ou tous les premiers actionnaires. SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 19, note 2.

139. — Les actions ayant un montant nominal déterminé en RM, elles doivent être libérées en principe en espèces. L'actionnaire ne peut apporter des biens qu'en vertu d'un véritable engagement de la Société envers lui. Il est donc logique que tout apport en nature doit être autorisé par les Statuts. Vu le danger des majorations, le § 20 est très exigeant : Tout apport doit être spécifié ainsi que l'apporteur et le montant des actions qui lui sont attribuées. A défaut d'une telle clause statutaire, l'actionnaire doit se libérer en espèces. Il ne peut se plaindre puisqu'il a lui-même dû signer la déclaration au Tribunal, d'après le § 28, al. 1. C'est sa faute à lui s'il n'a pas pris ses précautions avant de concourir à la déclaration de la Société aux fins d'immatriculation. S'il subit un préjudice, il ne peut que se retourner contre ses cofondateurs d'après les règles du droit civil (1).

140. — Plus perspicace que la loi française, la loi allemande assimile aux apports en nature les reprises de biens. Juridiquement, ces dernières n'ont aucune similitude avec les apports. Il s'agit de simples ventes. La composition du capital social n'est pas en question. Mais en réalité, ces opérations sont aussi dangereuses pour les créanciers et les actionnaires que les apports qu'elles camouflent d'ailleurs souvent : au lieu d'apporter un bien, l'actionnaire, ou un

(1) L'insertion aux statuts des apports, reprises, avantages particuliers et dépenses est destinée non seulement à permettre le contrôle de la constitution mais aussi à servir d'avertissement aux acheteurs ultérieurs d'actions. Il faut donc que cette insertion ne disparaisse pas le lendemain de l'immatriculation de la Société par une simple modification des statuts décidée par les fondateurs réunis en Assemblée Générale. C'est pourquoi toute modification des statuts sur ces points n'est permise qu'après l'expiration du délai de prescription de cinq ans fixé par le § 44 pour les demandes en dommages-intérêts contre les fondateurs, leurs complices, les administrateurs et les contrôleurs, §-145, al. 3. Il semble que le législateur ait oublié l'existence de ce § 145, al. 3, lorsqu'il a cru nécessaire, d'ajouter par l'art. III, § 12, du 3^e Décret d'application, du 21 décembre 1938 que la modification des statuts devient en tout cas licite après 30 ans d'immatriculation de la Société, lorsqu'en outre les rapports en question ont été définitivement liquidés depuis cinq ans au moins. Vu le § 145, al. 3, on ne saisit pas très bien le champ d'application de cette « facilitation ».

tiers pour son compte, le vend à la Société ; la mise, à peine payée, est tout de suite restituée à titre de prix d'achat.

141. — La règle sur les reprises des biens est très instructive. Elle ne vise directement que les stipulations concernant des valeurs susceptibles de figurer dans le bilan. Mais de même que nous avons conclu plus haut, de la règle sur les dépenses de la constitution, à ce qu'aucune obligation ne peut être assumée par la société en formation avec effet contre la société définitive à moins d'être fixée dans les statuts, de même nous déduisons de ce que le § 20 permet la reprise de biens, que toute autre convention peut être rendue opposable à la société définitive, lorsque l'objet, le cocontractant et la contre-prestation promise sont déterminés dans les statuts. Ainsi par ex. un louage de service n'est certes pas une reprise au sens strict, soumise aux justifications et contrôles dont on parlera tout de suite, mais il est opposable à la Société pourvu qu'il soit précisé dans les statuts.

142. — En effet, les conventions visées aux §§ 19 et 20 ne sont pas les seules possibles ; elles sont les plus fréquentes et les plus dangereuses. Surtout, les apports et reprises majorées peuvent dissimuler une émission au-dessous du pair. C'est pourquoi le § 24, al. 2 oblige les fondateurs à justifier, dans leur rapport, la contre-prestation promise, et le § 25 rend obligatoire la vérification par des contrôleurs-experts en cas de constitution avec apports ou reprises de biens. Le § 26 exhorte les directeurs, conseillers de surveillance et contrôleurs à vérifier surtout les déclarations des fondateurs relatives aux clauses prévues aux §§ 19 et 20 de la loi et à la contre-prestation accordée pour les biens apportés ou repris. Nous avons déjà mentionné le devoir semblable imposé au juge par le § 31. Pour le lui faciliter, le § 29 énumère parmi les documents annexés à la déclaration au Registre du commerce : « Les contrats qui sont à la base ou qui ont été conclus en exécution des clauses prévues aux §§ 19 et 20 et un calcul des dépenses de la constitution

spécifiant les rémunérations et les bénéficiaires. » Si le résultat de l'examen du juge est défavorable, l'immatriculation n'aura pas lieu. Même après l'immatriculation, une majoration grossière des apports peut engendrer l'obligation de verser un supplément en espèces pour éviter une émission au-dessous du pair (1).

143. — On n'a parlé jusqu'ici que d'obligations contractuelles. Mais la société définitive répond aussi des délits de ses directeurs, aux termes du § 31 C. c. Cette responsabilité s'étend-elle aux délits commis dans la période constitutive ? Dans deux arrêts récents, la jurisprudence a répondu par la négative ; seulement si la Société s'approprie les fruits du fait illicite, elle s'engage, soit d'après les principes de l'action *in rem veros*, c'est-à-dire de l'enrichissement sans cause tel qu'il est réglé dans les §§ 812 ss., C. c., soit parce qu'elle se rend par là elle-même complice (2) ; sur ce dernier point, la jurisprudence n'est pas tout à fait précise.

144. — Les actes juridiques ou illicites accomplis dans la période constitutive n'obligent donc en principe que leurs auteurs. Le § 34, al. 1, propr. 2 précise que les personnes qui, avant l'immatriculation, agissent au nom de la Société s'obligent personnellement et, si elles sont plusieurs, solidairement.

Cette règle du § 34, al. 1, propr. 2, a été interprétée par la jurisprudence (3) dans un sens très différent du régime prévu au § 179, C. civ. pour celui qui agit comme représentant sans pouvoir : La bonne foi des parties n'est pas

(1) Cette restriction de l'opposabilité de la convention stipulant l'apport, — qui peut avoir de l'importance surtout lors de l'augmentation du capital où il n'y a pas de contrôle, — est soutenue par SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 9, note 6, p. 132.

(2) Trib. d'Emp., 3 avril 1936, *RGZ* 151, 86 (91) ; 7 janvier 1937, *RGZ* 154, 276 (286).

(3) Cette jurisprudence est constante depuis l'arrêt du Trib. d'Emp. du 22 septembre 1903, *RGZ* 55, 302.

prise en considération par les tribunaux lors de l'application du § 34 ; peu importe également qu'on ait agi au nom de la Société comme si elle existait déjà ou en la désignant ouvertement comme société future, ou au nom de la société civile des fondateurs (1), en tout cas, les membres de cette dernière sont solidairement responsables, eux aussi, à condition qu'ils aient autorisé l'opération (2). Beaucoup d'auteurs considèrent ce régime comme incohérent, le § 34, al. 1, prop. 2, comme superflu (3). La jurisprudence même a égaré les esprits en qualifiant cette règle de pénalité (4).

A notre avis, c'est une idée d'interprétation raisonnable et loyale qui se trouve à la base du § 34, al. 1, prop. 2 : Celui qui agit au nom d'une société par actions qui n'existe pas encore doit être considéré comme ayant traité au nom de la société des fondateurs. Or, la société des fondateurs est assimilable, au moins en ce point, à une association sans personnalité morale et soumise au principe du § 54, prop. 2, C. c. suivant lequel celui qui agit au nom d'une telle association s'engage personnellement. Cette règle est nécessaire, le cocontractant devant connaître nommément au moins un de ses débiteurs. Autrement, il serait dans une incertitude qui n'existe pas s'il traite avec une société civile, qui est désignée par les noms des associés, ou d'une société commerciale sans personnalité morale, dont les membres apparaissent au Registre du commerce. Traiter avec une société de fondateurs d'une société par actions

(1) D'après SCHOLZ, *Die Haftung der Gründungsgesellschaft* (La Responsabilité de la Société des Fondateurs), *JW* 1938, 3149 (3155), celui qui agit au nom de la société des fondateurs n'est pas personnellement tenu ; contre cette distinction, trop subtile pour la pratique, avec raison GADOW, *Dogm. J.* 87 (1938), 250/1.

(2) Mais une ratification postérieure ne rend pas responsable : Trib. d'Emp., 19 février 1909, *RGZ* 70, 296 (302) ; quelques auteurs prétendent à tort qu'en cas de doute la responsabilité solidaire des fondateurs non agissants est limitée à leur mise, v. GADOW, *op. cit.*, pp. 249/50, avec références.

(3) P. ex. SCHOLZ, *op. cit.*, p. 3151.

(4) Contre cette conception, SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 34, note 6, pp. 205/6, et récemment l'important arrêt Trib. d'Emp., 29 octobre 1938, *JW* 1939, 110, n° 33 (relatif au droit international privé).

signifie, de même que traiter avec une association sans personnalité, se trouver en face d'un nom qui couvre des personnes inconnues, peut-être inexistantes. C'est pourquoi quiconque agit au nom d'une société par actions qui n'existe pas s'engage personnellement et les membres de la société civile des fondateurs, si une telle société existe, et si les membres ont autorisé cette opération irrégulière, peu importe dans quel stade se trouve la société par actions, et même, si elle n'existe que dans la fantaisie et les dires de l'agent qui ne saurait tirer un avantage de cette fraude au détriment de l'autre partie (1).

Cette règle convient même au cas où l'agent fait savoir à l'autre partie que la Société n'est qu'en formation parce que, également dans ce cas, il est équitable que le cocontractant soit assuré d'avoir en tout cas un débiteur, même si la société n'arrive jamais à être constituée ou ne prend pas en charge l'opération. Libre à lui de renoncer dans le contrat à cette garantie.

La responsabilité s'éteint, si la Société se substitue ou, mais cela est controversé, si elle entre de plein droit dans le contrat, celui-ci ayant été incorporé dans les statuts ou ayant un caractère corporatif, indispensable à la constitution (p. ex., engagements des administrateurs et contrôleurs de la constitution).

145. — Mais comment la Société peut-elle se substituer aux personnes qui, ayant agi en son nom, ont encouru une responsabilité personnelle ? Sur ce point, qui était assez obscur sous le Code de commerce, la nouvelle loi a apporté des solutions nettes. Il n'y a pas de ratification. Les §§ 19 et 20 l'interdisent formellement, même dans la forme d'une modification des statuts. Mais il existe en Allemagne une institution inconnue du droit français, la reprise des dettes, dont la Société peut se servir. A l'ordi-

(1) L'opinion dominante exige qu'il existe un « germe » de la société, v. SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 34, note 6, p. 206 ; *contra* avec raison SCHOLZ, *op. cit.*, p. 3150. En revanche, la *ratio* du § 34, al. 1, pr. 2, et, par suite, son application est écartée, si le contrat est conclu au nom de la société des fondateurs *nommément désignés*.

naire, cette opération est assez compliquée. Elle doit être arrêtée entre le nouveau débiteur et le créancier ou entre le nouveau et l'ancien débiteur avec homologation par le créancier, §§ 414 ss. C. c. allemand. L'alinéa 2 du § 34 dispense de l'agrément du créancier si la reprise est stipulée et communiquée au créancier par l'ancien débiteur ou la Société dans les trois mois qui suivent l'immatriculation.

146. — Toutefois, les engagements relatifs aux apports en nature ou aux reprises de biens ne sont pas susceptibles d'être assumés par la Société, § 34, al. 3. En ce qui concerne les apports, s'ils n'ont pas été dûment prévus aux statuts, il est défendu à la Société de les accepter. Chaque créancier et actionnaire peut compter sur la mise en espèces. En ce qui concerne les reprises de biens, le mal est réparable. Rien n'empêche la Société immatriculée de conclure l'achat envisagé par les fondateurs.

Cependant, pour obvier à l'abus de cette faculté, le Code de commerce contenait déjà une disposition spéciale sur la « constitution subséquente » (*Nachgründung*). Le § 45 de la loi de 1937 a perfectionné cette réglementation. Dans les deux ans qui suivent l'immatriculation, toute acquisition de biens, — à moins qu'il ne s'agisse d'acquisitions rentrant dans l'objet de la Société ou faites au cours d'une procédure d'exécution forcée, — pour un prix dépassant le dixième du capital social, doit être approuvée par l'Assemblée Générale sur la base d'un rapport écrit du Conseil de Surveillance, soumis aux mêmes règles que le rapport des fondateurs, et après une vérification par des contrôleurs-experts selon les règles applicables au contrôle de la constitution. La délibération doit être prise à la majorité des trois quarts au moins du capital représenté, et, si le contrat a été conclu dans la première année après la constitution, il faut en outre l'assentiment d'un quart du capital représenté ou non dans l'Assemblée. De plus, pour être valable, le contrat, doit être déclaré, aux fins d'inscription au Registre du commerce et le juge a ici le même

droit de contrôle que sur les apports en nature lors de l'immatriculation d'une société.

147. — Après avoir ainsi exposé la responsabilité de la société définitive pour le passif de la société en formation, quelques mots suffiront en ce qui concerne l'actif. On n'a jamais contesté que les mises versées dans la période constitutive sont acquises à la Société dès son immatriculation, avec cette réserve, il est vrai, qu'en cas de détournement, les prestations (versements ou apports en nature) ne sont libératoires que dans la mesure où elles étaient obligatoires avant l'immatriculation suivant la loi ou les statuts. La règle du § 49, al. 3, prop. 3 (*supra* n° 127) en est une nouvelle preuve. Mais ne peut-on pas dire en général que tous les droits acquis à la société en formation passent de plein droit à la société définitive, aucune des raisons n'étant ici valable qui ont justifié un résultat différent en matière d'engagements ? Il faut faire une réserve : Bien que la loi allemande, à la différence du droit français, distingue en général soigneusement entre le contrat créateur d'obligations entre les parties et les actes translatifs de droits auxquels il donne lieu, la nullité de celui-là n'entraînant point celle de ceux-ci, les §§ 19 et 20 ont expressément adopté le point de vue français. Si une promesse de la société en formation ne lie pas la société définitive, faute d'être insérée dans les statuts, tout acte de transfert qui s'y rattache est également nul vis-à-vis d'elle. Son actif ne peut en être ni diminué ni augmenté. Au contraire, si l'acquisition repose sur un acte d'administration régulier (p. ex. un apport en nature statutaire a été effectué) ou si elle a pour cause une convention opposable à la Société, ayant été insérée dans les statuts, ou un enrichissement gratuit, on ne voit vraiment pas pourquoi elle ne profiterait pas directement à la Société immatriculée. Le commentaire officieux le nie (1), ce qui est d'autant moins

(1) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 34, note 9, p. 217, v. aussi GADOW, *op. cit.*, pp. 265 ss. qui est cependant plus logique et rejette la théorie de l'identité qu'il estime, à tort, incompatible avec la nécessité d'une reprise des dettes, édictée par le § 34, al. 2.

compréhensible qu'il affirme l'identité de la société en formation et de la société définitive. C'est précisément cette entrée de la société définitive dans l'actif de la société en formation, ainsi que dans les actes corporatifs (élection des administrateurs, libération des actions jusqu'à concurrence des mises versées) qui seule justifie de parler de l'identité de la société avant et après l'immatriculation.

148. — En France, l'entrée de la Société dans les droits et engagements contractés dans la période constitutive n'est pas beaucoup discutée, ni en doctrine, ni en jurisprudence (1). L'art. 4, L. 1867 ne prescrit que l'approbation par une Assemblée Générale des apports en nature et des avantages particuliers. La période constitutive est plus courte en France qu'en Allemagne, puisque la Société existe dans sa forme définitive avant toute publicité, dès qu'elle est pourvue d'administrateurs, L. 1867, art. 25, al. 5. Ainsi, l'opinion dominante subordonne l'opposabilité des engagements à la seule condition qu'ils soient ratifiés par une Assemblée Générale, et elle semble même admettre que la société définitive répond de plein droit des actes de gestion utiles, passés en son nom, dans la période constitutive. Cette solution se rapproche de celle adoptée en Allemagne en matière de sociétés à responsabilité limitée dont le règlement est moins rigide, parce que, à défaut de la négociabilité des parts, les associés futurs n'ont pas besoin d'être protégés dans la même mesure (2).

f) *Les effets particuliers de l'immatriculation :*

2° *L'immatriculation couvre les vices de la constitution*

149. — L'absence de tout contrôle préalable — la vérification par les assemblées constitutives ne compte pas

(1) Cf. cependant Paris, 23 juillet 1894, S. 1895, 205. note HOUPIŒ ; Dijon, 27 avril 1934, S. 1935, II, 55, la note de M. H. ROUSSEAU sous Req., 20 mars 1935, S. 1935, I 209 ; et récemment L. SÉBAG, *La Condition juridique des Personnes physiques et des Personnes morales avant leur naissance*, thèse, Paris, 1938, pp. 347/49, 392/417.

(2) V. Trib. d'Emp., 3 avril 1936, RGZ 151, 86 (91) et les arrêts y cités.

sérieusement — a entraîné en France le flot des nullités, L. 1867, art. 41 et 58, endigué seulement par la possibilité de régularisation de l'art. 8, heureusement renforcée et généralisée par le décret-loi du 30 octobre 1935. Tout différent est le système allemand. En principe, l'immatriculation couvre tous les vices de la constitution, même les plus graves tels que l'absence d'un Conseil de Surveillance ou d'une Direction réguliers (p. ex. les nominations n'étaient pas conformes aux statuts) ou l'insuffisance de la majorité et du quorum dans l'assemblée constitutive prescrite lors de la constitution par étapes. Cette solution qui était controversée sous le Code de commerce a été formellement consacrée par le § 216, al. 1 de la Loi qui dit ceci :

« Si les statuts ne mentionnent pas les clauses essentielles prévues au § 16, al. 3 ou qu'une de ces clauses est nulle, tout actionnaire et tout membre de la Direction et du Conseil de Surveillance peut demander que la Société soit déclarée nulle; la demande ne peut être fondée sur aucune autre raison. »

Les seuls cas de nullité ainsi reconnus ont été raréfiés encore, d'abord par la jurisprudence, qui a restreint les nullités susceptibles d'entacher les statuts, et ensuite par la loi qui a subordonné l'exercice de l'action en nullité à des conditions sévères.

151. — Quelles sont les raisons possibles de nullité ? On peut distinguer trois groupes : 1^o une des clauses essentielles fait complètement défaut, hypothèse très invraisemblable, si l'on se rappelle que les clauses en question concernent la raison, le siège, l'objet, le capital social, les montants et catégories d'actions, la composition de la Direction et la forme des publications émanant de la Société ; 2^o hypothèse plus sérieuse : une desdites clauses est nulle. Il peut en effet arriver que, p. ex., la raison sociale ne correspond pas aux règles légales, que le siège a été fixé à un endroit où la Société n'a ni exploitation, ni direction, ni centre administratif (§ 5), que l'objet est illicite ou inexact, que le montant du capital ou des actions n'est pas conforme aux §§ 7 et 8. Le danger principal provient cepen-

dant : 3° des nullités viciant les statuts tout entiers (1). Ces nullités sont ou bien dues à l'inobservation de la forme solennelle du § 16, al. 1, ou bien à ce que les statuts n'ont pas été signés par cinq personnes prenant chacune des actions (§ 2). Cette dernière disposition est violée également si un ou plusieurs fondateurs sont incapables, de sorte que le nombre des fondateurs capables est inférieur à cinq.

151. — En est-il de même lorsque la déclaration d'un fondateur est entachée d'un vice de consentement ? C'est ici le lieu d'étudier la jurisprudence à laquelle nous avons déjà fait allusion, qui déclare couvert par l'immatriculation au Registre du commerce tout vice de consentement entachant soit l'adhésion aux statuts, soit la souscription d'actions lors d'une constitution par étapes ou d'une augmentation du capital.

La jurisprudence française a développé une solution semblable qui ne vise cependant que les rapports entre les associés et les créanciers sociaux (2). Une telle solution ne suffit pas en Allemagne où les créanciers n'ont pas d'action directe contre les actionnaires. La jurisprudence était donc plus radicale : après l'immatriculation, le souscripteur ne peut plus se prévaloir *vis-à-vis de la société*, ni de l'erreur ni de la simulation, ni même du dol, de la violence ou de la lésion, peu importe que les administrateurs de la Société en aient été les auteurs. Seules la violence dite absolue (contrainte physique) et l'erreur dit « obstacle », c'est-à-dire l'absence complète d'un véritable acte de volonté, sont admises. A part ces exceptions plutôt théoriques, le souscripteur doit attaquer sa signature *avant* l'immatricu-

(1) La violation des §§ 2 et 16, al. 1, et les autres vices affectant l'ensemble des statuts étant, d'une part, les plus fréquents et les plus difficiles à réparer, d'autre part, sans inconvénient réel pour la vie ultérieure de la Société, BAUMBACH, § 216, note 2, p. 337, soutient non sans raison une interprétation restrictive du § 216, al. 1 précité et combat l'opinion dominante d'après laquelle ces vices peuvent être invoqués encore après l'immatriculation.

(2) Cf. Paris, 19 juin 1934, S. 1935, II, 25, note LESCOT ; Trib. com. Seine, 24 octobre 1938, *Gaz. Pal.* 16 décembre 1938.

lation et chercher à empêcher celle-ci, par exemple en refusant de signer la déclaration au Registre du Commerce ou en s'adressant au juge pour le prier de surseoir à l'immatriculation. S'il recourt à ce dernier moyen et que son allégation semble plausible au juge, celui-ci lui fixera un délai, selon le § 127 de la Loi sur la Juridiction gracieuse, pour qu'il ait le temps d'intenter un procès. Mais dès que la signature du juge se trouve sous l'immatriculation au Registre du commerce, le souscripteur n'a même plus un recours en dommages-intérêts contre la Société, puisque la jurisprudence assimile toute indemnité accordée par la Société, pour le préjudice résultant de l'acquisition d'une action, à une restitution de la mise, prohibée par le § 52. Il n'a qu'un recours contre les administrateurs ou fondateurs personnellement responsables d'après les règles du droit civil.

152. — Voilà le système développé par une jurisprudence constante depuis au moins 1861. Son explication a donné lieu à d'innombrables théories et controverses. Les auteurs ne se sont pas toujours rendu compte du véritable objet de leurs recherches. Il y a en effet plusieurs genres d'explications juridiques :

En présence d'une pratique à première vue contraire à la loi (savoir aux règles sur les vices de consentement), on peut d'abord chercher un texte qui révèle la légalité des décisions judiciaires. En notre matière, une telle recherche serait vaine. Les seuls textes qu'on pourrait alléguer à la rigueur sont le § 52 de la Loi qui interdit toute « restitution » de la mise aux actionnaires, et le § 60 qui interdit d'accorder aucune remise aux actionnaires de leurs engagements vis-à-vis de la Société. Mais si ces règles excluent tout droit de sortie d'une personne devenue actionnaire, elles ne disent rien sur les droits d'une personne qui précisément conteste d'être juridiquement devenue actionnaire et qui attaquait sa signature avec effet rétroactif.

S'il n'existe aucun texte spécial écartant l'application des règles générales sur les vices de consentement, peut-

être ces règles mêmes se prêtent-elles à une interprétation restrictive. Elles se trouvent dans le chapitre du Code civil allemand consacré aux « actes juridiques ». La signature de l'acte social ou d'un bulletin de souscription est-elle un « acte juridique » ? Ici commencent les abus de la méthode conceptualiste. L'une après l'autre, ces vaines tentatives de résoudre un conflit d'intérêts par des classifications subtiles qui n'ont aucun rapport avec le fond de la question ont été démenties par la jurisprudence. Ni l'opinion d'après laquelle la création d'une société de capitaux douée de la personnalité morale est un acte-union corporatif, ni celle d'après laquelle la déclaration au Registre du commerce ou l'immatriculation ont un caractère de droit public qui les soustrait aux effets d'une nullité relative du droit civil, n'ont plus aucune valeur explicative, — si tant est qu'elles n'en eussent jamais, — depuis que des arrêts récents dont le nombre est déjà considérable, ont refusé de tenir compte des vices de consentement (y compris la lésion qui, aux termes du § 138, al. 2, C. c., entraîne même la nullité absolue), d'abord en matière de sociétés commerciales de personnes, et enfin même en matière de sociétés purement civiles non inscrites au Registre du commerce, mais exerçant une activité économique (1).

Avec raison, le Tribunal d'Empire renonce dans son dernier arrêt (2) à une « justification satisfaisante au point de vue doctrinal ». Il s'agit d'un droit prétorien, d'une coutume *praeter*, peut-être *contra legem*. La tâche n'est pas de dissimuler ce fait, mais d'en dégager l'idée directrice. Les arrêts mêmes (3) disent assez vaguement que la déclai-

(1) Le premier pas dans cette direction était l'arrêt des Chambres civiles réunies du Trib. d'Emp., du 16 mai 1904, *RGZ* 57, 92, relatif aux sociétés coopératives ; les arrêts du Trib. d'Emp. relatifs à la société en nom collectif sont cités dans le dernier, du 13 octobre 1933, *RGZ* 142, 98 (103) = *JW* 1934, 224, n° 11, note LARENTZ (qui critique avec raison quelques exagérations de l'arrêt) ; sur la société civile, v. les arrêts du Trib. d'Emp., du 6 mai 1932, *JW* 1933, 1936, note TITZE, et du 5 mars 1935, *JW* 1935, 2617, n° 1.

(2) Trib. d'Emp., 6 avril 1935, *RGZ* 147, 257 (271), relatif à une coopérative = *JW* 1935, 2044, n° 10, note RUTH.

(3) V. *RGZ* 147, 270-71.

ration de l'associé est adressée au public et que cette déclaration au public résulterait de sa participation à une société qui, même sans personnalité morale, commercerait en quelque sorte comme un être indépendant avec les tiers. Au fond, c'est l'idée très simple de protéger les créanciers. Partout où la loi édicte une responsabilité en raison d'un acte juridique auquel le créancier n'est pas partie, acte juridique qui n'a pas précisément pour objet de donner aux créanciers un nouveau débiteur, mais auquel la loi attache cet effet dans un but de sécurité publique, la jurisprudence a tendance à rendre inopposables aux créanciers les vices de consentement entachant cet acte dès le moment où ledit acte s'est manifesté à l'extérieur (1). Ce moment est le commencement de l'activité lorsqu'il s'agit d'une société civile ou d'une société commerciale de personnes, c'est l'immatriculation au Registre du commerce en matière de sociétés de capitaux. Mais en ce qui concerne ces dernières, l'absence d'une action directe des créanciers rend nécessaire d'étendre l'inopposabilité aux rapports entre les membres et la Société. Il en est ainsi tout particulièrement quant à la société par actions où il faut tenir compte de l'intérêt des actionnaires futurs. Leur intérêt est même primordial dans les cas où la Société ne risque pas seulement d'être privée de telle ou telle mise, mais de sombrer dans la nullité, le nombre des fondateurs devenant insuffisant. Les créanciers seraient assez protégés par le § 218, al. 3 qui oblige les actionnaires à verser la mise dans la mesure où c'est nécessaire pour désintéresser les créanciers. Ce seraient les actionnaires qui feraient les frais de la dissolution prématurée. Cette idée qui serait encore plus valable en France, où la défaillance d'un seul souscripteur entraîne la nullité pour violation de l'art. 1^{er}, al. 2,

(1) Ainsi, dans le cas où un commerçant achète un fonds de commerce, § 25 C. com. allemand : Trib. d'Emp., 11 octobre 1935, *RGZ* 149, 25 (28) ; et la jurisprudence en matière d'effets de commerce, v. MÜLLER-ERZBACH, pp. 449-50, ARMINJON et CARRY, *Lettre de Change*, Paris, 1938, n° 334, pp. 375-76 ; cf. en France, Paris, 19 juin 1934, S. 1935, II, 25, note LESCOT.

L. 1867 (souscription de la totalité du capital social) amènera peut-être un jour la jurisprudence française à suivre l'exemple allemand et à déclarer irrecevable, même vis-à-vis de la Société, toute action ou exception fondée sur une nullité due à un vice de consentement lors de la souscription.

153. — Les raisons de l'action en nullité étant ainsi réduites au minimum, la Loi a accumulé en outre les obstacles à son exercice. Seuls les actionnaires, les membres de la Direction et du Conseil de Surveillance ont qualité pour intenter la demande, qui est le seul moyen d'invoquer la nullité d'une société immatriculée (1). Le § 216, al. 2 a introduit une réforme réalisée d'une manière un peu différente en France par la modification de l'art. 8, L. 1867 par le Décret du 30 octobre 1935 sur la publicité des sociétés. Toute clause des statuts, sauf celles fixant le montant du capital et des actions (2) étant susceptible de régularisation par une délibération de l'Assemblée générale extraordinaire (§ 217 de la Loi = § 310 C. com.), la demande n'est recevable que trois mois après une sommation restée vaine de faire cesser la cause de nullité. Autre réforme : toute action est éteinte après un délai préfixe (3) de cinq ans à partir de l'immatriculation de la Société, § 216, al. 3. En outre, le demandeur doit avancer des frais considérables, la valeur du litige étant appréciée souverainement par le Tribunal qui doit tenir compte de l'intérêt de la Société, §§ 216, al. 4, 199, al. 6. Si la demande est censée mal fondée, le demandeur coupable de dol ou de faute lourde répond du préjudice, §§ 216, al. 4, 200, al. 2 ; et dès le début du procès, la Société peut exiger du demandeur, si

(1) En France, le Tribunal peut être saisi par voie d'exception, v. HOUPIN et BOSVIEUX, n° 770, p. 914.

(2) Même ces clauses peuvent être rendues valables par une dispense ministérielle conformément aux §§ 7 et 8. La possibilité de couvrir les vices entachant l'ensemble de l'acte constitutif (forme, nombre des fondateurs) est douteuse.

(3) En France, c'est une prescription, art. 8, al. 7, L. 1867, texte de 1935.

c'est un simple actionnaire, une caution pour le préjudice éventuel, pourvu qu'elle rende probable le dommage et la faute du demandeur, §§ 216, al. 4, 199, al. 4.

154. — Si les juges estiment que la demande est bien fondée, ils rendent un jugement constitutif d'annulation (1). Ce jugement a force de chose jugée à l'égard de tous les actionnaires, membres de la Direction et du Conseil de Surveillance, même non parties au procès, § 216, al. 4, § 200, al. 1, prop. 1. La Direction dépose une copie de la demande et du jugement ayant acquis force de chose jugée au Registre du commerce ; l'immatriculation de la nullité est faite d'office, § 216, al. 4, prop. 2. Après l'immatriculation de la nullité, la Société est de plein droit en liquidation. De même qu'en France (2), ce qu'on appelle « nullité » en matière de sociétés, n'est en réalité qu'une liquidation forcée, § 218.

La différence avec la nullité du droit civil est encore plus accentuée en Allemagne par deux institutions, complètement inconnues en France, et qui mettent en lumière que, si la loi allemande est soucieuse de mettre les sociétaires à l'abri des actions en nullité, elle ne se sert pas moins de cette nullité pour renforcer le contrôle judiciaire qui est un des traits caractéristiques du droit allemand. Ces institutions sont la nullité subséquente et la radiation d'office.

(1) Sur la notion du jugement constitutif en France, v. A. CHÉRON sous Colmar, 3^e juillet 1937, D. P. 1938, II 9 ; en Allemagne, C. proc. annoté de GAUPP et STEIN, 15^e éd. par JONAS, 1935, note II, 3 avant § 253. Le jugement déboutant la demande n'est pas opposable aux tiers. Sur la force de chose jugée du jugement prononçant la nullité, cf. en France, Req., 16 mai 1938, *Sem. Jur.* 1938, 787, note J. R.

(2) Le droit d'opter pour une nullité absolue qu'on accorde en France aux créanciers, n'existe pas en Allemagne où les créanciers sociaux pas plus que les créanciers personnels des associés ne peuvent invoquer d'aucune manière la nullité. Les créanciers personnels ne sont protégés que par l'action paulienne, réglée par la Loi du 21 juillet 1879 ; v. au contraire en France, Aix, 14 mai 1934, D. P. 1934, II, 57 et la note de M. PIC.

155. — La radiation d'office est réglée dans la Loi sur la Juridiction gracieuse. Le § 144 de cette Loi permet de rayer d'office une société immatriculée, entachée d'une cause de nullité. Le Tribunal doit informer la Société de son intention et lui donner un délai de trois mois au moins, soit pour faire valoir des observations, soit pour faire cesser la nullité. Depuis l'introduction du délai préfixe de cinq ans qui éteint l'action en nullité, cette radiation d'office est devenue d'une importance capitale puisqu'elle reste possible après ce délai, § 216, al. 3, prop. 2. Ceux qui ont intérêt à l'annulation peuvent donc toujours s'adresser au juge du Registre du commerce et chercher à le convaincre de la nullité et de l'urgence de la déclarer d'office.

156. — La nullité a normalement sa source dans un vice de la constitution de la Société. Mais la jurisprudence a reconnu que la nullité résulte également des faits survenus après qui ont rendu illicites ou inexacts les clauses essentielles des statuts. Il en est surtout ainsi en ce qui concerne la raison, le siège et l'objet ; par exemple, beaucoup de dénominations sociales sont devenues illicites à la suite de l'avènement du national-socialisme, le terme « allemand » étant désormais réservé aux maisons et sociétés sans partenaire juif. Si une Société change son objet, elle doit modifier les clauses statutaires aussi bien relatives à l'objet qu'à la raison pour rester en harmonie avec les règles légales. Cette « nullité subséquente » aura une importance accrue sous la nouvelle Loi grâce à la radiation d'office dont on vient de parler. Jusqu'ici, il était en effet très douteux si la radiation d'office s'appliquait aux nullités subéquentes. La jurisprudence était hostile à cette extension. Mais elle devra céder, vu que, autrement, les causes de nullité survenues plus de cinq ans après la constitution restent sans sanction, l'action en nullité étant éteinte après ce délai. Ainsi, le juge du Registre du commerce aura un droit de surveillance continue.

g) La responsabilité des fondateurs

157. — Au régime des nullités complètement différent du régime français correspond une toute autre conception de la responsabilité des fondateurs. En France, ils répondent de la validité de la Société, L. 1867, art. 8 et 42 (texte de 1893), en Allemagne de la sincérité de leurs déclarations. En France, la responsabilité existe envers « les tiers et les actionnaires », en Allemagne envers la seule Société. Les §§ 39 à 44 de la Loi ont aggravé cette responsabilité. Désormais, les fondateurs ne sont pas seulement tenus solidairement de leurs propres affirmations, mais aussi de celles faites par d'autres personnes en vue de la constitution, de ce que la banque qui a reçu les versements du premier quart tient ces versements à la libre disposition de la Direction, et de toute lésion de la Société par des fondateurs faisant des apports en nature ou stipulant des reprises de biens ou des dépenses de la constitution majorées, soit de mauvaise foi, soit par faute lourde. La disculpation est cependant possible par la preuve de l'ignorance non fautive du fait dommageable. En cas d'insolvabilité d'un actionnaire, seuls les fondateurs l'ayant accepté en connaissance de cet état doivent solidairement couvrir la perte.

158. — Le terme « fondateur » étant strictement limité par le § 121 aux signataires des statuts et aux auteurs d'apports en nature (1) le § 39, al. 5 et le § 40 leur assimilent d'autres personnes pour étendre autant que possible la responsabilité et frapper les vrais coupables. Le § 39, al. 5 vise les personnes pour le compte desquelles les fondateurs ont pris des actions, c'est-à-dire les vrais promoteurs dont les fondateurs n'ont été que les hommes de paille. Leur responsabilité est même plus grave que celle des fondateurs : Ils ne peuvent invoquer à leur excuse l'ignorance des faits qu'un de leurs prête-noms a connu ou dû connaître. Le § 40 frappe trois groupes d'individus : 1° ceux qui touchent des

(1) V. au contraire en France : Civ., 1^{er} juillet 1930, S. 1931, I, 305; note LAGARDE, D. P. 1931, I, 97, note HAMEL.

récompenses non comprises dans les dépenses de la constitution sachant ou devant savoir de cette dissimulation ; 2° ceux qui sciemment se sont rendus complices d'une lésion par dol ou faute lourde de la Société par des apports ou des reprises majorés ; 3° les établissements émetteurs qui, avant l'immatriculation de la Société ou dans les deux années suivantes, annoncent publiquement les actions en vue de les écouler dans le public, connaissant ou devant connaître l'inexactitude ou le caractère incomplet des déclarations faites en vue de la constitution, ou la lésion de la Société par des apports ou reprises ; l'établissement doit des dommages-intérêts à la Société, même si sa propre annonce ne contient aucune indication fausse et ne cause aucun préjudice à la Société ; la responsabilité de l'établissement vis-à-vis du public se détermine d'après le Code civil et la Loi sur la Bourse.

Le § 41 sur la responsabilité de la Direction et du Conseil de Surveillance est au fond superflu ; il va de soi que les fonctionnaires de la Société, qui, autrement que les fondateurs, ont des rapports contractuels avec la Société, doivent faire leur devoir dès la nomination. Le § 41 s'explique par le fait que le § 204, C. com. avait rendu leur responsabilité subsidiaire, privilège supprimé par la nouvelle Loi.

159. — Toutes ces personnes sont tenues solidairement lorsqu'il s'agit du même dommage ; le recours entre elles se fait d'après les rapports contractuels et, à défaut, d'après le degré de la faute de chacune. La responsabilité est d'ordre public en ce sens qu'elle ne peut être exclue par aucune convention ; une renonciation de la part de la Société n'est permise que cinq ans après l'immatriculation et dans des conditions difficiles qu'on retrouvera en matière de responsabilité des directeurs, conditions destinées à sauvegarder les droits de la minorité des actionnaires, § 43. Cette renonciation aura d'ailleurs peu d'importance puisque le délai de prescription est également de cinq ans après l'immatriculation. La responsabilité ainsi réglée ne constitue que le minimum légal. Une responsabilité plus étendue peut

par exemple, découler, dans les rapports entre les fondateurs, de leur lien contractuel, ou, dans les rapports d'un fondateur avec la Société, d'un contrat ayant pour objet un apport en nature ou une vente.

160. — La responsabilité civile se double de pénalités. Le § 295 menace de prison et de déchéance des droits civils les fondateurs et les membres de la Direction et du Conseil de Surveillance faisant des déclarations fausses ou incomplètes (al. 1, n° 1) et les banques émettrices qui commettent le même délit dans les annonces visées au § 40, n° 3 (al. 1, n° 2). Les dispositions pénales sont plus étroites que les règles civiles et les peines ne sont encourues qu'en cas de mauvaise foi. Les personnes assimilées aux fondateurs dans les §§ 39, al. 5 et 40 ne sont punissables que comme instigateurs ou complices des fondateurs, directeurs ou conseillers de surveillance. Les personnes morales, qui sont fréquemment parmi les fondateurs, ne peuvent être frappées d'une peine criminelle, mais bien leurs représentants légaux.

Si l'on compare ce § 295, n°s 1 et 2, avec les art. 15, n°s 1, 2, 3 et 8 de la Loi de 1867, on ne doit pas perdre de vue que ce dernier *complète* les règles du Code pénal sur l'escroquerie (« sans préjudice de l'application de l'art. 405, C. pén. »), tandis que le § 295 s'y *substitue*. La notion de l'escroquerie est en effet très large en Allemagne et comprend toute tromperie entraînant un dommage pécuniaire; en outre la peine va jusqu'à dix ans de réclusion (§ 263, C. pén. allemand). Sous cet angle, le § 295 apparaît plutôt comme une atténuation de la responsabilité des fondateurs.

§ 2. — Le versement et la conservation du capital social

a) *Le versement*

161. — Au moment de la constitution, le capital social de la Société est en règle générale entièrement souscrit, mais il n'en est versé que le quart prescrit par le § 28, al. 2.

Les autres trois quarts sont encore dûs. En effet, il est impossible que les actions soient émises au dessous du pair, § 9. De même qu'en France, où on déduit cette règle du principe de la souscription intégrale du capital, on ne veut pas que, par une émission au-dessous du pair, la Société soit amenée à commencer son exercice avec une perte nette. A moins d'une stipulation valable d'apports en nature, l'actionnaire doit une somme d'argent égale aux trois quarts de la valeur nominale, § 49, al. 2, pas davantage, car, si l'action a été émise au-dessus du pair, la prime a dû être versée avec le premier quart.

L'objet de l'engagement de l'actionnaire étant ainsi fixé, il faut examiner les modalités de paiement. Les règles rigoureuses prescrites pour le premier quart ne s'appliquent pas. La Société peut accepter toute prestation qui, dans le commerce, est considérée comme équivalente à l'argent. Mais le § 60 interdit toute remise et on est d'accord que, par là, est visée également toute dation en paiement. La crainte d'apports en nature occultes a rendu la jurisprudence allemande plus sévère en ce point que la jurisprudence française. Aucune compensation n'est admise non plus, sauf la compensation contractuelle consentie par la Société contre une créance certaine, liquide et exigible, et encore faut-il que la Société, débitrice de cette créance, soit au moment de cet arrangement pleinement solvable.

162. — L'affectation de la créance contre l'actionnaire au capital social est garantie en outre par la jurisprudence qui n'en permet ni la cession, ni la mise en gage, ni la saisie que si la Société reçoit une contre-valeur équivalente (1). La saisie n'est ainsi presque jamais permise, car elle ne sera guère pratiquée tant que la Société est solvable, et lorsqu'elle ne l'est pas, la créance du créancier saisissant ne sera pas équivalente à la créance contre l'actionnaire, objet de la saisie. L'actionnaire ignorant la nullité de la

(1) Cf. récemment Trib. d'Emp., 12 octobre 1937, *RGZ* 156, 23, *JW* 1937, 3161, n° 18, note DIETRICH ; *DJ* 1938, 231, note HERBIG.

cession, mise en gage ou saisie est protégé par les dispositions du Code civil, §§ 409, 410, et du Code de procédure civile, § 836, al. 2.

163. — Quand le solde de la mise doit-il être versé ? La Société peut le réclamer dès l'immatriculation. Si les statuts ne fixent pas la ou les dates d'échéance, c'est la Direction à qui incombe cette tâche, puisque la nouvelle Loi lui attribue toute compétence qui n'est pas réservée formellement à l'Assemblée générale. L'actionnaire qui ne répond pas à l'appel des fonds dûment publié en conformité avec le § 57, al. 1, qui prescrit l'observation des formes prévues aux statuts pour les publications émanant de la Société, doit de plein droit 5 % d'intérêts sans préjudice d'une responsabilité ultérieure, § 57, al. 2 ; les statuts peuvent en outre édicter une clause pénale, § 57, al. 3.

L'exécution en bourse des titres sur lesquels les versements sont en retard, procédure qui en France est prévue par la plupart des statuts, est permise en Allemagne par la Loi même, qui en règle les détails dans le § 58. Après sommation, les actionnaires en retard sont déclarés déchus de leurs droits et versements déjà effectués, la Société émet des doubles des titres annulés énonçant les sommes encore à libérer. Si la Société subit une perte à propos de la fraction appelée ou d'une fraction ultérieure, elle a toujours un recours contre l'actionnaire déchu.

164. — Si l'action a été négociée, c'est l'actionnaire actuel qui répond, en principe, de la mise. Précisément pour cette raison, les actions doivent être nominatives jusqu'à leur entière libération. Si, en violation du § 10, des actions au porteur ont été émises ou des actions nominatives sans indication exacte des versements effectués, l'acquéreur de bonne foi est protégé (1). Cette question a surtout

(1) Trib. d'Emp., 13 mars 1934, *RGZ* 144, 138 (145), concernant une action au porteur. L'acquéreur qui commet une faute lourde, surtout l'acquéreur d'une action nominative sans indication aucune et partant suspecte est-il protégé ? L'inopposabilité des exceptions ne cesse qu'en

de l'importance dans la faillite de la Société ; des versements considérés comme libératoires et mentionnés comme tels dans le titre sont alors critiqués par le syndic qui prouve qu'ils ont été contraires au § 60 (par exemple, dation en paiement illicite) et les réclame encore une fois à l'actionnaire actuel. Celui-ci étant de bonne foi, le syndic doit se retourner contre le titulaire antérieur qui, dans ce cas, est demeuré le débiteur principal.

165. — En France, les cessionnaires intermédiaires et les souscripteurs restent pendant deux ans tenus solidairement du montant de l'action, L. 1867, art. 3, al. 6 et 7 (texte de 1893). En Allemagne, cette responsabilité est subsidiaire, aux termes du § 59 de la Loi. Ce texte reproduit le § 220 C. com. dans une forme malheureusement encore moins claire. Bien que la nouvelle rédaction ne le dise pas, il faut distinguer entre le prédécesseur immédiat de l'actionnaire déchu et les titulaires antérieurs. Celui-là peut être poursuivi dès que la déchéance a été prononcée conformément au § 58 dont nous venons de parler au n° 163. Aux autres, la Société doit en outre prouver que le versement ne peut être obtenu d'aucun de leurs successeurs. L'idée de la Loi est en effet que le cédant ne répond qu'après ses ayants cause. L'insolvabilité du dernier de ces ayants cause, c'est-à-dire de l'actionnaire déchu, a été suffisamment démontrée par la procédure du § 58. Pour faciliter la preuve de celle des autres, la Loi a établi une présomption : La sommation à un des actionnaires antérieurs à l'actionnaire déchu doit être notifiée à son prédécesseur immédiat, afin que celui-ci puisse exercer son influence sur son cessionnaire pour le déterminer à accomplir son devoir vis-à-vis de la Société, qui est en même temps un devoir envers

cas de fraude, art. 17, Loi sur la Lettre de Change (= 121, C. com. français) ; mais ne s'agit-il pas plutôt d'une hypothèse à laquelle il convient d'appliquer par analogie le dernier alinéa de l'art 16 (art. 120, C. com. français) ? En France, il n'y a aucune protection si l'action est nominative, Paris, 19 juin 1934, S. 1935, I, 25, note Tescot.

lui (1). Si un mois après la sommation et la notification, le versement n'a pas été effectué, ce sont les porteurs antérieurs poursuivis par la Société qui doivent prouver que la Société peut l'obtenir néanmoins dudit cessionnaire. Au contraire, si la sommation a pour effet que l'actionnaire antérieur paie la somme en souffrance, il reçoit l'action. C'est seulement après ce recours contre les titulaires antérieurs que la Société peut vendre le titre en bourse ou ailleurs, au prix de bourse, ou, à défaut d'un tel prix, aux enchères publiques, sous peine de perdre ses droits contre l'actionnaire déchu et ses prédécesseurs. De même qu'en France, la responsabilité des cédants pour les versements non encore appelés s'éteint après deux ans à compter, aux termes de l'al. 2 du § 59, de la déclaration du transfert à la Société aux fins d'inscription au répertoire des actionnaires.

b) La défense de distribution

166. — Dans l'intérêt des créanciers, qui n'ont aucun autre gage, mais aussi des actionnaires et des actionnaires futurs, « les mises ne doivent pas être restituées aux actionnaires », § 52, prop. 1. Cette vérité première, que la loi française ne se donne même pas la peine d'énoncer formellement, soulève cependant des difficultés d'application. Il serait facile de tourner cette interdiction si l'on ne prohibait pas tout octroi à un actionnaire d'avantages pécuniaires aux frais de l'actif social destinés sous n'importe quel nom à alléger la charge assumée par lui. C'est pourquoi la Loi ajoute : « Pendant la durée de la Société, les actionnaires n'ont droit qu'au bénéfice net résultant du bilan annuel ». Le § 54 complète cette règle en prohibant toute clause d'intérêts fixes, sauf les intérêts pendant la période préparatoire, réglementation plus sévère que celle admise en France par la jurisprudence en matière de socié-

(1) Il est cependant possible que le prédécesseur immédiat ne soit pas le vendeur, parce que la Société ne connaît que les actionnaires immatriculés.

tés anonymes, mais imitée par la loi française de 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée (art. 34). Nous avons déjà signalé qu'une des conséquences de cette réglementation est qu'à la différence du droit français aucun amortissement d'actions n'est permis que sous forme d'une réduction du capital (*supra* n° 77).

167. — Pour que le bénéfice n'apparaisse pas plus grand dans le bilan qu'il n'est en réalité, le § 133 édicte des règles minutieuses sur l'évaluation des divers postes. La Loi a réuni dans un chapitre à part (§§ 125 ss.) toutes les dispositions sur le règlement de comptes annuel. Mais du point de vue juridique, ces dispositions sont d'une portée assez différente. La sauvegarde du capital social n'est directement assurée que par le § 133, et par le § 130 sur la réserve légale dont on parlera à la fin de ce paragraphe, tandis que, p. ex., les règles sur la division du bilan concernent plutôt la publicité et le droit de regard des actionnaires, créanciers et autres intéressés sur la marche des affaires. Nous n'entendons pas entrer ici dans les détails du § 133. Il n'exprime que les règles d'une comptabilité prudente auxquelles la Société devrait se conformer même sans texte, en vertu de la seule obligation, imposée à tout commerçant par le § 38 C. com., de tenir ses livres d'après les principes d'une comptabilité régulière (1). Le § 133 a le mérite de préciser ces règles et de lever quelques doutes. Il ne prohibe d'ailleurs que les majorations de l'actif et les sous-estimations du passif. La procédure inverse, — qui intéresse les actionnaires désireux d'un dividende élevé, le fisc et surtout les tiers qui cherchent dans les documents de la Société une information sur sa vraie situation, — connue sous le nom des « réserves occultes », est permise (2). La violation du § 133 entraîne la nullité absolue et irréparable du règlement de

(1) Ainsi, le Trib. d'Emp. a décidé, le 26 octobre 1937, *JW* 1938, 747, n° 10, que les règles du § 303 s'appliquent aux coopératives pour lesquelles n'existe aucun texte de ce genre.

(2) Trib. d'Emp., 15 octobre 1937, *RGZ* 156, 52 ; les réserves occultes seront traitées plus loin.

comptes annuel, aux termes des § 195, n° 3 et 202, n° 2, en outre la responsabilité civile des membres de la Direction et du Conseil de Surveillance coupables, §§ 84, 99, et la responsabilité pénale pour exposé mensonger de la situation de la Société, délit qui est puni d'après le § 296, n° 1, par la prison et la déchéance des droits civiques, dans les cas très graves, même par la réclusion jusqu'à dix ans (1).

168. — En plus de la responsabilité civile et parfois pénale des administrateurs, le versement à un actionnaire de sommes autres que les bénéfices distribuables engendre pour celui-ci l'obligation de restituer la somme reçue illicitement. Autrement qu'en France (L. 1867, art. 10, al. 3), ce sont les actionnaires qui doivent en Allemagne prouver leur bonne foi exclusive de cette obligation, § 56, al. 1, prop. 2, et al. 3. Cette preuve est d'autant plus difficile que le § 56 emploie le terme « bonne foi » dans le sens du § 932 C. c. allemand, aux termes duquel on n'est pas de bonne foi si on a commis une faute lourde.

L'obligation de restituer la somme indûment touchée existe d'abord vis-à-vis de la Société. Ce n'était pas du tout clair sous l'empire du § 213, C. com. qui disait seulement que « les actionnaires ne peuvent réclamer la restitution de leurs mises ». En cas de restitution volontaire par la Société, il n'y avait pas lieu ni à une répétition de l'indû, qui suppose une erreur (§§ 812, 814, C. c. allemand), ni à une « *condictio ob turpem causam* » au sens du § 817, C. c. allemand, la loi n'ayant pas été violée par le seul actionnaire, mais aussi, et encore davantage, par la Société, de sorte qu'il s'appliquait l'adage : *in pari turpitudine* (§ 817, prop. 2, C. c. allemand). Pour couper court à ces doutes, le § 52 interdit et par là annule (134, C. c. allemand) le paiement, de sorte que l'argent versé n'est acquis à celui qui le touche qu'à la suite de sa confusion avec l'ar-

(1) Cf. L. 1867, art. 15, n° 5 ; par contre, il n'existe pas en Allemagne le délit des « dividendes fictifs » au sens de l'art. 15, n° 4.

gent de cette personne, ce qui ouvre l'action *in rem verso* du § 951, C. c. allemand.

En outre, les actionnaires répondent personnellement des dettes sociales jusqu'à concurrence des remboursements reçus en violation du § 52 ou d'autres règles légales protectrices des créanciers, même si le capital social est en fait resté intact, § 56, al. 1. Ainsi, les créanciers ont exceptionnellement une action directe contre les actionnaires. Elle n'est pas, comme celle de la Société, soumise aux règles spéciales de l'enrichissement sans cause. Mais on admet que l'actionnaire peut se libérer de sa responsabilité envers les créanciers en restituant la somme reçue à la Société. Dans la faillite de la Société, les droits des créanciers sont exercés par le syndic. La responsabilité aussi bien à l'égard de la Société qu'à l'égard des créanciers se prescrit par cinq ans à partir du paiement illégal.

c) La vente et l'achat par la Société de ses propres actions

169. — Les actions une fois émises sont l'objet d'opérations diverses auxquelles la Société même peut être partie. La Société peut en effet, dans certaines conditions, acquérir ses propres actions et elle peut toujours les vendre. Par la même opération avec la Société, une personne peut à la fois devenir vendeur et cesser d'être actionnaire, ou devenir acheteur et actionnaire. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure la défense de la restitution de la mise et de la distribution de tout ce qui n'est pas dividende, qui gouverne tout le rapport entre la Société et l'actionnaire, s'efface devant les règles du contrat de vente.

170. — A première vue, on ne comprend pas comment la *vente* par la Société de ses actions peut donner lieu à des difficultés. Ici, semble-t-il, la Société, loin de verser, encaisse. Oui, mais un contrat de vente peut être résolu plus tard, il peut même entraîner l'obligation du vendeur de payer des dommages-intérêts. C'est seulement avec hésitation que la jurisprudence a reconnu au cocontrac-

tant de la Société venderesse les droits légaux d'un acheteur ordinaire y compris le droit d'annuler le marché pour vice de consentement. La situation est encore plus délicate lorsque l'acheteur stipule des droits plus étendus. Il est loisible à tout acheteur de faire de telles stipulations. Faut-il imposer une exception, lorsque le vendeur est une société par actions et l'objet une de ses actions ? Si on répond par l'affirmative, on empêche un grand nombre d'opérations par lesquelles les sociétés peuvent se débarrasser de leurs actions. En appliquant au contraire le droit commun, on risque de permettre des conventions qui procurent à l'acheteur l'action, mais laissent à la Société le risque. L'opinion dominante en doctrine est pour la première solution et surtout hostile aux contrats assortis de clauses garantissant l'acheteur contre la dépréciation de ses actions ; la jurisprudence est complexe et indécise (1).

171. — Le rapport entre les règles interdisant la restitution des mises et celles relatives à l'achat par la Société de ses propres actions était longtemps encore plus obscur. Sous l'empire du Code de commerce, la question était particulièrement délicate, car, si, en principe, l'achat par la Société de ses propres actions était interdit, il y avait de nombreuses exceptions, et surtout la sanction était beaucoup moins énergique que celle de la restitution de la mise. Il était donc capital de savoir dans quelles conditions un tel achat constituait en outre une restitution prohibée de la mise. Le § 52 a levé ces doutes en édictant, dans sa dernière proposition, que le paiement du prix d'achat, en vertu d'une acquisition licite d'actions par la Société, n'est pas considéré comme une restitution de mises. Il s'ensuit *a contrario* que le paiement du prix est réputé être une restitution prohibée dans tous les autres cas. Par là, la défense de la distribution de l'actif est liée plus intimement que jamais au problème de l'achat, et, plus généralement, de toute acquisition, à quelque titre que ce soit, par la

(1) V. les références dans le dernier arrêt du Trib. d'Emp., du 19 octobre 1934, *RGZ* 146, 84 (87-92).

Société, de ses propres actions, problème qui s'est révélé dans la crise de 1931 d'une importance pratique énorme, qui a soulevé des débats passionnés en doctrine et qui, en raison de son rôle primordial dans toutes les réformes et tous les projets de réforme du droit allemand des sociétés, mérite d'être examiné à fond.

172. — L'histoire de la législation allemande sur le rachat par la Société de ses propres actions est l'histoire des vains efforts de résoudre des problèmes juridiques et économiques insolubles. Carence complète du Code de 1862. Interdiction absolue en 1870, surtout pour des raisons théoriques (« La Société ne peut être son propre actionnaire »). Réaction des milieux commerciaux. Le législateur recule en 1884. Le § 226 C. com. défend l'achat et la prise en gage par la Société de ses propres actions, à moins que la Société n'agisse en qualité de commissionnaire, c'est-à-dire, pour le compte d'un tiers, mais seulement « dans la marche ordinaire des affaires » (*im regelmässigen Geschäftsverkehr*). Cette expression vague n'a jamais pu être clairement définie. L'efficacité de cette demi-mesure était encore plus gravement compromise par l'absence d'une sanction énergique. L'al. 2 du § 226 ne prévoyait la nullité que pour le cas où les actions ne seraient pas encore entièrement libérées. La promesse de la Société d'acheter à un prix fixé d'avance des actions déterminées fut déclarée nulle par la jurisprudence comme contraire au principe de la fixité du capital social (1). Mais en général, seule la responsabilité des membres de la Direction et du Conseil de Surveillance était engagée. Lors des faillites et fermetures de guichets, dans l'été 1931, on s'aperçut que l'actif de trop de sociétés se composait largement de leurs propres actions. La suite était la réforme du décret-loi du 19 septembre 1931. La notion vague de « la marche ordinaire des affaires » disparaît, elle est remplacée par celle, pas beaucoup plus précise, de « la défense contre un préjudice grave » justifiant l'achat par la Société de ses propres

(1) Trib. d'Emp., 30 mai 1930, *JW* 1930, 3730, n° 1, note HEILBRUNN.

actions, — même non encore libérées, — jusqu'à concurrence d'un dixième du capital social. En outre, on maintenait l'économie de l'ancien § 226 en assimilant seulement à l'achat pour le compte d'autrui l'achat en vue d'amortissement, pourvu que le montant nominal des actions possédées par la Société ne dépasse en aucun cas 10 % du capital social. Cette dernière mesure était même une nouvelle entorse dangereuse à l'interdiction du rachat qui a heureusement disparu en 1937. La question de savoir si le nouveau texte aggravait la sanction était controversée. La réforme de 1931 se bornait donc au fond à substituer, au nombre illimité d'actions que la Société pouvait acquérir en dehors de la marche ordinaire des affaires, la limite de 10 % du capital social. Mais même cette menue mesure fut attaquée comme trop sévère. Le décret de 1931 prévoyait le droit du Gouvernement d'abaisser le taux de 10 %. Le Gouvernement n'en usa pas. Au contraire, une loi du 14 mai 1936 donna au Ministre de la justice le droit d'octroyer, d'accord avec le Ministre de l'Economie nationale, des dispenses de la limite de 10 %. Plus énergique était la réaction du législateur de 1931 contre les différents artifices pour tourner la prohibition de d'achat (v. *infra*, n^{os} 182-184).

173. — La loi de 1937 a poussé la réforme un peu plus loin. Le texte de son § 65 ne se distingue pas précisément par une clarté excessive ; il est trop calqué sur le modèle du § 226 C. com. Pour bien faire comprendre cette disposition importante, on laisse d'abord de côté les alinéas 5 à 7. Dans les alinéas 1 à 4, il faut distinguer la règle, qui se compose elle-même d'un principe et de plusieurs exceptions, et les sanctions.

A) La règle

I. — Le principe : Le principe est l'interdiction faite à la Société d'acquérir ses propres actions ;

II. — Exceptions : L'acquisition est pourtant permise :

1° Sans restriction aucune, si elle est faite en vue d'amortissements ; mais — c'est l'innovation — il faut toujours que l'achat se fasse d'après les prescriptions sur la réduction du capital et que cette réduction ait été décidée avant l'acquisition (§ 65, al. 2) ;

2° L'acquisition est également permise sans restriction, mais à condition que les actions aient été entièrement libérées, si elle est faite, soit à titre gratuit (en formulant cette exception, la loi de 1937 consacre une solution déjà acquise sous l'empire du Code de commerce), soit pour le compte d'autrui (en exécutant une commission d'achat »), § 65, al. 1, prop. 3 ; la première de ces deux exceptions vise les sociétés en détresse auxquelles souvent des actionnaires font cadeau d'une part de leurs actions afin que la Société puisse s'assainir par leur vente ou leur amortissement, la seconde a en vue les sociétés de banques, auxquelles il doit être permis d'acheter leurs propres actions pour leurs clients ;

3° Enfin, la Société peut acquérir ses propres actions — libérées ou non — si cela est nécessaire pour éviter un préjudice grave à la Société ; mais le montant nominal des actions qui se trouvent pour cette raison dans le portefeuille de la Société ne doit jamais dépasser le dixième du capital social ; bien entendu, on a codifié la loi du 14 mai 1936, avec cette petite retouche que la dispense, au lieu d'être octroyée par le Ministre de la Justice, d'accord avec le Ministre de l'Economie nationale, le sera désormais par le Ministre de l'Economie nationale d'accord avec le Ministre de la Justice (§ 65, al. 1, prop. 1 et 2).

La seule modification de la loi concerne donc l'acquisition en vue d'amortissement, qui, d'une part, a été soumise à des conditions plus sévères, d'autre part, libérée de la limite des 10 % (1).

(1) Déjà sous le Code de commerce, on a soutenu à bon droit, contre l'opinion dominante, qu'un achat dans les conditions d'une réduction

B) *Sanctions*

L'al. 3 du § 65 introduit une distinction subtile et très allemande. La sanction varie selon qu'il s'agit du transfert même des actions à la Société ou du contrat de vente entre l'actionnaire-vendeur et la Société, ayant pour objet ce transfert (effet translatif et effet relatif du contrat) :

1° Le transfert : La propriété des actions passe à la Société, nonobstant la prohibition de l'achat, à moins que les actions n'aient pas été entièrement libérées (§ 65, al. 3, prop. 1).

2° Au contraire, le contrat de vente est nul, § 65, al. 3, prop. 2. Est également nul, comme restitution illicite de la mise, le paiement du prix au vendeur (§ 52, dernière prop. *e contrario*) ; celui-ci encourt en outre la responsabilité personnelle pour les dettes de la Société conformément au § 56.

174. — Quel est le sens de cette réglementation des sanctions qui semble à première vue contradictoire. En réalité, on peut très bien traduire dans le langage juridique français ce que le législateur allemand a exprimé dans les termes du Code civil allemand : La vente est valable à l'égard des tiers, nulle entre les parties.

a) Elle est valable à l'égard des tiers. Voilà le sens de la validité du transfert. Pourquoi le législateur tient-il à cette validité. Les tiers qui pourraient plus tard acheter les actions de la Société, ne sont-ils pas suffisamment protégés par la règle « en fait de meubles, possession vaut titre » ? Non ! Il est vrai qu'aux termes des §§ 10, al. 1, et 61, al. 1, les actions sont ou bien des titres au porteur, dont le transfert est soumis aux règles du Code civil relatives aux meubles corporels, ou bien des titres à ordre auxquels s'applique l'art. 16, al. 2, de la loi sur la lettre de change (art. 120, al. 2, C. com. français). Or, aussi bien le

du capital ne tombe pas sous le coup du § 226 ; v. FLECHTHEIM, § 226, note 24.

§ 932 C. c. allemand que l'article 16 de la loi sur la lettre de change protègent l'acquéreur de bonne foi, mais à condition qu'il n'ait pas commis une faute lourde. Voici la difficulté qui en résulte : En principe, il est interdit à la Société d'acheter ses propres actions ; si la violation de ce principe était sanctionnée par la nullité du transfert, il faudrait donc présumer que la Société n'a pas valablement acquis ses actions ; tout acheteur devrait donc exiger de la Société qui veut les lui vendre la preuve qu'en les acquérant, la Société se trouvait dans un des cas exceptionnels où la loi fait une entorse au principe. L'acheteur ne demandant pas ces justifications se rendrait coupable d'une faute lourde et risquerait de se voir assigné un jour en restitution des actions par le vrai propriétaire. Cette situation, loin d'être utile à la Société, à la protection de laquelle le § 65 est destiné, rendrait difficile la vente par la Société de ses propres actions. Or, il est précisément très souhaitable que la Société, si une fois elle a acquis ses propres actions, s'en débarrasse aussitôt que possible. Il faut donc faciliter la révente et mettre le tiers acheteur à l'abri de toute querelle sur sa bonne foi. Mais une réserve s'imposait aux yeux du législateur. Il ne voulait admettre à aucun prix que la Société puisse — en dehors des deux cas expressément prévus (défense contre un préjudice grave et amortissement) — acquérir des actions non libérées et renoncer ainsi à la mise de l'actionnaire-vendeur. Cette réserve est d'autant moins dangereuse que tout intéressé s'aperçoit à première vue si l'action est libérée ou non, puisque les actions non encore libérées doivent être nominatives et porter la mention des acomptes effectués, d'après le § 10, al. 2 (1).

(1) Ainsi qu'en France, celui qui achète plus tard de la Société une telle action ne peut lui opposer qu'il n'en est pas devenu le titulaire, pour se soustraire au règlement de la mise ; dès qu'il a été immatriculé dans le répertoire, il doit payer ; mais il peut se retourner contre le vrai titulaire, si celui-ci exerce son droit de revendication, selon les §§ 995, 1000-1003, C. c. allemand.

b) La vente illicite est nulle entre les parties, nullité absolue que chaque partie peut invoquer, soit pour refuser l'exécution du contrat, soit pour répéter, comme enrichissement sans cause, les prestations déjà effectuées (remise des actions ou paiement du prix). C'est ce résultat que le législateur voulait obtenir. Mais pour assurer à la Société la répétition, il devait encore écarter un principe important du droit civil : Il s'agit d'une nullité pour violation d'une prohibition légale. Or, si le vendeur sera en règle générale de bonne foi, il n'en sera pas ainsi de la Société. Celle-ci doit se laisser imputer la mauvaise intention de ses administrateurs dont un au moins se rendra très souvent compte du caractère illégal de l'achat. Si, plus tard, la Société veut revenir sur l'achat en se prévalant de la nullité, ne se heurtera-t-elle pas à l'adage : « *Nemo auditur* » ? La jurisprudence constante du Tribunal d'Empire a déduit, du § 817 C. c. allemand, le principe qu'aucune demande en restitution de l'enrichissement sans cause n'est recevable de la part d'un contractant qui a lui-même sciemment agi contre les bonnes mœurs ou la loi et ainsi causé la nullité (1). Cette jurisprudence irait en la matière directement à l'encontre du but de la loi qui est de protéger la Société. Ce n'est donc pas seulement pour simplifier le rapport entre les §§ 52 et 65, qu'on a implicitement, dans la dernière proposition du § 52, qualifié de restitution illicite de la mise tout paiement de prix d'un achat par la Société de ses propres actions, à moins que l'achat ne soit permis aux termes du § 65. C'est pour profiter de la nouvelle rédaction du § 52 (v. *supra*, n° 168) qui a pour conséquence que la Société n'est pas une simple demanderesse en restitution d'un enrichissement sans cause, mais qu'elle peut revendiquer à titre de propriétaire la somme versée. Or, la revendication est en Allemagne soustraite à la règle « *Nemo auditur* » ; il en est de même de l'action en restitution de l'enrichissement qui s'y substitue lorsque la Société a perdu la

(1) Trib. d'Emp., 27 mars 1936, RGZ 151, 70 (72-73) avec de nombreuses références.

propriété de l'argent du fait qu'il a été mélangé avec l'argent du vendeur (§§ 948, al. 1, 947, al. 2, 951, al. 1, C. c. allemand). Par ce même artifice de technique juridique, le vendeur ne peut opposer à la Société qu'elle a effectué sa prestation en pleine connaissance de ce qu'elle n'y était pas valablement engagée.

c) Toutefois, aux termes du § 951, C. c. allemand, la Société ne « peut réclamer une indemnité en argent » que « d'après les prescriptions sur la restitution d'un enrichissement sans cause ». Or, si l'on admet que, parmi les prescriptions ainsi visées, ne se trouvent pas les §§ 814 et 817 qui excluent la répétition aux cas de connaissance et de turpitude de la part du demandeur, le Tribunal d'Empire a décidé que la référence du § 951 aux règles sur l'enrichissement sans cause subordonne l'indemnité aux conditions requises par le § 812, al. 1, C. c. allemand (1). Une jurisprudence très critiquée, mais très ferme, interprète ledit § 812, al. 1, en ce sens qu'il contient la condition que la contre-prestation fournie par le prétendu enrichi ait eu une valeur moindre que la prestation dont on réclame, soit la restitution en nature, soit une indemnité en argent (2). On appelle cette théorie la « théorie du solde » (*Saldotheorie*), parce qu'elle exige qu'en tenant compte de toutes les dépenses faites pour obtenir la prestation répétée, on puisse relever un solde au profit du défendeur. Il n'y a donc pas d'enrichissement si les dépenses égalent ou dépassent la valeur de la prestation au moment où l'échange a été réalisé. Si on applique ces principes à l'hypothèse de l'achat par la Société de ses propres actions, il s'ensuit que seul le vendeur ayant fait un profit, c'est-à-dire, qui a lésé la Société, est exposé, pendant cinq ans (§ 56, al. 4), à l'action de la Société ou de ses ayants-cause (créanciers) en restitution, soit du prix entier contre remise des actions,

(1) Trib d'Emp., 13 octobre 1930, *RGZ* 130, 310 (312).

(2) V. Trib. d'Emp., 9 juillet 1932, *RGZ* 137, 324 (336-37), et 13 janvier 1933, *RGZ* 139, 208 (213) avec de nombreuses références.

soit si la Société ne possède plus les titres, en remboursement de la plus-value qu'il a touchée (1).

d) Un vendeur qui remplit ces conditions étant suspect, la loi ne le ménage pas. Il ne peut objecter qu'il n'a pas connu ni pu connaître l'irrégularité, sous réserve peut-être du cas où elle lui a été frauduleusement dissimulée. La théorie de la *culpa in contrahendo* ne peut apporter aucun tempérament. La jurisprudence applique cette théorie, il est vrai, au cas où l'une des parties contractantes a causé par sa faute la nullité (2), et la Société répond de toute faute commise par ses administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions (§ 31, C. c.; anal.) ; mais un administrateur n'agit pas dans l'exercice de ses fonctions lorsqu'il conclut un contrat dépassant ses pouvoirs ou la capacité de la Société (3). Or, telle est précisément la situation dans l'hypothèse envisagée ; il s'agit en effet dans le § 65 d'une sorte d'incapacité.

e) Tout au plus pourrait-on, dans certains cas, reprocher à la Société un abus de droit, lorsqu'elle hésite trop longtemps après la découverte de la nullité et de la lésion de revenir sur l'achat. Mais la jurisprudence n'est pas favorable à la reconnaissance d'une « déchéance » (*Verwirkung*) en matière d'enrichissement sans cause (4). D'ailleurs, cet argument est inopposable aux créanciers et au syndic.

(1) *Quid* de l'action directe des créanciers sociaux du § 56, al. 12. En général, cette action n'est pas soumise aux règles de l'enrichissement sans cause ; mais il paraît que le versement illicite qui détermine l'étendue de la responsabilité du § 56, al 1 ne peut être ici que le solde.

(2) Trib. d'Emp., 22 juin 1936, *RGZ* 151, 357 (358) ; mais en tout cas, la c. i. e. n'oblige qu'à réparer le dommage causé par la nullité, c'est-à-dire, les dépenses faites en confiance en la validité de l'opération et, si l'on peut les prouver, des profits qu'on a négligés de faire (intérêt négatif).

(3) Cf. Trib. d'Emp., 5 mars 1931, *RGZ*, 132, 76 (78), relatif à la responsabilité d'un mineur pour son tuteur.

(4) V. surtout l'arrêt de la 7^e Chambre du Trib. d'Emp., 10 novembre 1936, *JW* 1937, 610, n° 2, note SIEBERT ; cf. cependant l'arrêt de la même Chambre du 4 juin 1937, *RGZ* 155, 148 (151-52) et la dissertation de M. SIEBERT, *JW* 1937, 2495.

f) Le risque du vendeur est d'autant plus grand qu'il n'a même pas un recours certain contre les directeurs qui ont contracté avec lui. Le droit allemand des quasi-délits est, nous l'avons déjà plusieurs fois remarqué, moins général que le droit français, les §§ 823 et 826, C. c. allemand, qui correspondent aux articles 1382 et 1383, C. c. français, n'accordent des dommages-intérêts qu'en cas de lésion de certains biens énumérés ou d'un droit absolu, § 823, al. 1, de violation d'une loi destinée à la protection de la victime, § 823, al. 2, et en cas d'un préjudice causé d'une manière dolosive et contraire aux bonnes mœurs, § 826. Seule, la dernière hypothèse peut être réalisée lorsqu'il s'agit d'un achat par les directeurs d'une société, agissant en qualité, des propres actions de cette société. Encore faut-il prouver leur mauvaise foi. La jurisprudence a ouvert un recours plus aisé en assimilant le cas où un représentant passe un acte qui excède la capacité de la personne physique ou morale représentée par lui à celui où un représentant a agi sans pouvoir. On applique donc par analogie le § 179 C. c. allemand (1). En vertu de ce § 179, le représentant doit, au choix de l'autre partie, ou bien exécuter lui-même la convention passée, ou bien payer des dommages-intérêts. Le représentant de bonne foi n'est cependant tenu que de réparer le dommage éprouvé par l'autre partie du fait qu'elle a eu confiance en la validité de l'acte (intérêt négatif), et le représentant est totalement dégagé de toute responsabilité, si l'autre partie a connu ou dû connaître la nullité.

g) L'actionnaire-vendeur est à l'abri de toute contestation s'il ne traite pas directement avec la Société, mais avec un intermédiaire, soit avec la banque de la Société agissant en qualité de commissionnaire, soit avec un agent de change à la Bourse. Mais naturellement le problème n'est pas résolu par là ; le risque est seulement déplacé ; il retombe sur l'intermédiaire.

(1) Trib. d'Emp., 16 décembre 1922, *RGZ* 106, 68 (73-74).

175. — Le § 65 ne s'applique pas seulement à l'achat, mais à toute acquisition, y compris la prise en gage (al. 4), par la Société de ses propres actions, pourvu qu'elle soit dérivative et à titre individuel. L'acquisition originaire, c'est-à-dire, par souscription, est toujours interdite et nulle. L'acquisition par voie de succession universelle, surtout à la suite d'une fusion avec une autre société possédant des actions de la société absorbante, est toujours permise et valable. Au contraire, il ne fait aucune différence, en droit allemand, si l'acquisition n'est que passagère et faite en vue d'une revente ultérieure. L'opinion dominante va même jusqu'à interdire le report (achat avec stipulation de revente) et le déport (vente avec stipulation de rachat) de Bourse (1).

176. — Si l'on compare la réglementation allemande de l'achat par la Société de ses propres actions avec les conceptions françaises, on est frappé par les différences d'ailleurs très caractéristiques pour l'esprit des deux législations. Codification casuistique en Allemagne, absence complète de texte en France. Ici et là, défense, sauf exceptions. Mais en France, une seule sanction qui frappe l'opération tout entière : la nullité. En Allemagne : distinction entre le contrat, créateur du lien entre les parties, et le transfert, translatif du droit *erga omnes*, et, en conséquence, renvoi aux règles du droit civil sur l'enrichissement sans cause, matière des plus techniques, le tout encore compliqué par les sous-distinctions entre la prestation de la Société et celle du vendeur, entre l'achat d'actions libérées et d'autres.

La doctrine française met en avant une idée principale : la protection des créanciers par la conservation du capital social. Elle voit le critère qui distingue l'achat valable de l'achat prohibé dans l'observation de ce principe et permet l'achat au moyen des bénéfices ou réserves facultatives ; l'illégalité de l'achat peut même être couverte après coup par une revente reconstituant le capital.

(1) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 65, note 4, al. 3, p. 288.

La loi et la jurisprudence allemandes donnent une interprétation beaucoup plus sévère au principe de la conservation du capital social et annulent tout versement qui n'est par répartition du dividende annuel dûment décidé par l'Assemblée Générale, peu importe que le versement soit couvert par des bénéfices ou réserves facultatives.

Les auteurs qui, en France, soutiennent que, si le capital social doit rester réservé aux créanciers, le bénéfice appartient à tous les actionnaires, de même que les réserves; et qu'il ne convient pas de détourner les bénéfices et réserves de cette affectation, au profit d'un actionnaire — vendeur, ne tirent de cette idée que cette conclusion que les administrateurs, s'ils n'ont pas été dûment autorisés par les statuts ou l'Assemblée Générale, engagent par l'achat leur responsabilité personnelle vis-à-vis de la Société (1). En Allemagne, le décret de 1931 et encore plus la loi de 1937 ont précisément réagi contre l'insuffisance de cette sanction. En ce qui concerne en particulier l'autorisation par l'Assemblée Générale, on comprend que la loi de 1937, qui a conféré à la Direction et au Conseil de Surveillance le soin de faire et de défaire les réserves comme ils le jugent utile (§ 131, al. 2) et qui a dévolu à la Direction toutes les compétences, mais aussi toutes les responsabilités de la gestion (§ 70, al. 1), aux dépens de l'Assemblée Générale, n'y attribue aucune importance.

Les violations du principe de l'égalité entre les actionnaires impliquées par l'achat de la part de la Société d'une partie de ses propres actions, la formation d'une fausse majorité dans l'Assemblée Générale, — soit que la Direction achète les actions à l'opposition, soit qu'elle emploie les actions achetées pour faire voter par elles des hommes de paille, — les manipulations spéculatives, voire le simple maintien des cours à la Bourse, enfin le caractère factice d'un actif constitué par les propres actions de la Société, tous ces phénomènes constituent autant de dangers pour

(1) HOUPIN et BOSVIEUX, n° 487, p. 574 ; n° 489, p. 576.

les actionnaires et les tiers justifiant la prohibition et la nullité de l'achat, même effectué par des moyens libres.

177. — La loi allemande ne fait qu'une seule petite exception en faveur de l'achat par l'emploi des bénéfices ou de réserves facultatives. Cette exception résulte du § 192, al. 3, n° 2. Aux termes de cette disposition, l'amortissement d'actions entièrement libérées est dispensé de l'observation des règles édictées pour la protection des créanciers dans le chapitre sur la réduction ordinaire du capital, pourvu que cet amortissement soit effectué à la charge du bénéfice net résultant du bilan ou d'une réserve facultative. Il est vrai que cette disposition ne parle que de l'amortissement même et non pas de l'achat des actions à amortir. Mais le § 65, al. 2, prescrit seulement que l'achat soit fait d'après les règles sur la réduction du capital. Il ne dit pas : d'après les règles sur la réduction *ordinaire*. Il semble donc bien que, si l'amortissement est dispensé de l'observation des règles de la réduction *ordinaire*, l'achat qui, dans ce cas, n'en est qu'une étape, le soit également (1). Si la Société décide conformément au § 192, al. 2 et 4 un amortissement à la charge des bénéfices du dernier exercice ou des réserves facultatives, elle peut donc acheter les actions à amortir et en payer immédiatement le prix, tandis qu'en général, dans l'hypothèse du § 65, al. 2 (achat en vue d'amortissement), le prix ne doit être payé que six mois après que l'immatriculation de la délibération au Registre du commerce a été publiée et que les créanciers qui se sont présentés dans ce délai ont été payés ou garantis (§§ 192, al. 2, 178, al. 2).

(1) Un argument de plus est fourni par le § 192, al. 2 : La proposition 1^{re} de cet alinéa déclare applicables à l'amortissement les règles sur la réduction ordinaire ; la proposition 2 vise expressément l'achat préparatoire. Or, l'application de la proposition 2 présuppose celle de la proposition 1, qui est précisément exclue dans l'hypothèse du § 192, al. 3 ; *contra* cependant SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 192, note 16, p 818, qui semble cependant en contradiction avec § 65, note 12, p. 293.

178. — La sévérité de la loi allemande ne souffre pas beaucoup des exceptions susmentionnées (n° 173) sous 1° et 2°. En effet, en cas d'amortissement, toutes les garanties des règles sur la réduction du capital sont données aux créanciers et actionnaires ; l'acquisition à titre gratuit ou pour le compte d'autrui d'actions libérées ne comporte aucun risque.

Un tempérament plus sensible est cependant apporté par l'exception sous 3°, c'est-à-dire, la première proposition du § 65 : « La Société peut acquérir ses propres actions dans la mesure où cette acquisition est nécessaire pour éviter un préjudice grave. » Cette brèche dans l'interdiction générale est dangereuse, encore que le montant nominal des actions ainsi possédées ne doive dépasser, sauf dispense, 10 % du capital social. Quand y a-t-il danger d'un préjudice grave ? Cette notion a été introduite par la réforme de 1931. La jurisprudence n'a pas encore eu d'occasion de la préciser. Les longues explications du commentaire officieux laissent subsister beaucoup de doutes. Si l'on interprète l'exception dans un sens étroit, les administrateurs redouteront trop la responsabilité (particulièrement lourde, aussi à l'égard des créanciers de la Société, § 84, al. 3, n° 3) et les vendeurs craindront la nullité ; si l'on donne à la Direction un large pouvoir d'appréciation, tout le reste du § 65 risque de devenir lettre morte.

179. — En ce qui concerne le régime des actions valablement acquises par la Société, la loi allemande se rapproche davantage des conceptions françaises. Le législateur ne s'est pas fait de scrupules théoriques sur la Société étant son propre associé. Mais il a vu les inconvénients pratiques de cette situation anormale. L'al. 7 du § 65 décrète par conséquent que la Société ne peut exercer aucun droit résultant de ses propres actions. Ce texte est plus rigoureux que ne l'était l'al. 5 du § 226 C. com. qui ne parlait que du droit de vote et du droit aux bénéfices. Même avant la réforme de 1931, en l'absence d'un texte, le Tribunal d'Empire n'avait d'ailleurs jamais admis la Société au droit de vote

dans ses propres assemblées générales, puisque ce droit de vote aurait été pratiquement un droit de la Direction tout à fait injustifié (1). Quant aux droits pécuniaires, la doctrine était divisée. L'opinion dominante, consacrée d'abord par la réforme de 1931 et désormais par le § 65, al. 7, de la Loi, estimait que ce serait un détour inutile que de faire tomber ces avantages d'abord dans le patrimoine de la Société, au lieu de les faire profiter directement aux autres, c'est-à-dire aux vrais actionnaires. Pourquoi en effet donner à la Société une partie de ses propres bénéfices sous forme de dividendes, au lieu de la répartir tout de suite, en négligeant les actions appartenant à la Société déjà au moment du calcul du taux du dividende ? Comment attribuer à la Société une partie de son propre actif lors de la liquidation ? A quoi bon permettre à la Société d'augmenter encore le stock de ses propres actions en exerçant un droit de souscription ? Tous ces droits restent paralysés tant que les actions sont dans les mains de la Société pour se ranimer dès que les actions en sont sorties.

180. — Tant qu'elles font partie de l'actif de la Société, les actions figurent naturellement dans son bilan. Il faut éviter qu'elles servent à tronquer ce bilan. Elles constituent un actif très spécial : tandis qu'en règle générale, la situation de la Société dépend de la valeur de son actif, la valeur de l'actif constitué par ses propres actions dépend elle-même de la prospérité de la Société. C'est pourquoi le § 131, al. 1, ordonne sous le n° B III 5 que les propres actions de la Société doivent être indiquées dans un poste séparé, et le § 133, n° 3, précise qu'elles ne doivent être évaluées qu'au prix d'achat ou, s'il est inférieur, au prix de Bourse. En outre, il faut spécifier dans le rapport annuel ces actions, et, si elles ont été acquises ou vendues pendant l'exercice, exposer les circonstances, le prix d'achat ou de vente et, en cas de vente, l'emploi du prix.

(1) V. Trib. d'Emp., 21 octobre 1921, *EGZ* 103, 64 (66-67).

181. — La raison principale de la prohibition du rachat par la Société de ses propres actions était la crainte qu'un tel rachat ne prive les créanciers d'une portion de leur gage par une diminution clandestine du capital. Mais cette interdiction même risque d'être tournée. Pour obvier à ces fraudes, la Loi étend l'interdiction à un groupe d'opérations particulièrement suspectes de masquer un rachat prohibé et de porter ainsi atteinte à la fixité du capital social. D'après le modèle du § 226 C. com., l'al. 4 du § 65 assimile à l'achat la prise en gage. Le législateur allemand a ainsi adopté une opinion soutenue jadis en France par Rod. ROUSSEAU, mais qui n'a pas trouvé l'adhésion de la doctrine française et a été abandonnée par son auteur même (1).

182. — Depuis la réforme de 1931, la loi allemande s'acharne surtout contre les personnes interposées. D'après l'al. 5 du § 65, l'acquisition d'actions de la Société par une autre entreprise, mais qui est « sous l'influence dominante » (§ 15, al. 2) de la Société (entreprise dépendante, *vi supra* n° 94), est tout simplement réputée faite par cette dernière et, partant, soumise aux mêmes règles. Toutefois, l'entreprise dépendante jouit des droits pécuniaires afférents aux actions de la Société dominante. Le droit de souscription ne peut, il est vrai, être exercé, le § 51, al. 2 interdisant la souscription par une entreprise dépendante (la souscription est illicite, mais valable), il peut cependant être vendu. Au contraire, la Loi de 1937 va plus loin que la réforme de 1931 en retirant à l'entreprise dépendante le droit de vote dans l'Assemblée Générale de la Société dominante, § 144, al. 6. Ce droit de vote serait en effet dangereux ; la Direction de la Société serait pratiquement maître des voix de l'entreprise dépendante en vertu de son influence sur la gestion de celle-ci. Ainsi serait contrarié le but que la Loi a poursuivi en suspendant le droit de vote attaché aux

(1) Rod. ROUSSEAU, *Manuel pratique des Sociétés par Actions*, 1895, n° 851 ; cf. *Les Sociétés commerciales*, 4^e éd., 1912, n° 2518.

actions possédées par la Société même et qui est d'empêcher que la Direction ne fausse la majorité.

Les actions de la Société figurent naturellement dans le bilan de l'entreprise dépendante. Si cette entreprise est une société par actions, elles doivent être mentionnées dans un poste séparé à côté des propres actions de la Société dépendante et évaluées d'après les mêmes règles, § 131, al. 1, n° A III 5, et § 133, n° 3. En outre, le rapport annuel de la Société doit faire mention des actions possédées par la société dépendante, conformément au § 128, al. 2, n° 2.

183. — Il y a encore un autre moyen d'agir à l'encontre de l'esprit de la défense faite à la Société d'acheter ses propres actions. Il n'est pas nécessaire que la Société ou une entreprise dépendante se rendent acquéreurs. Il suffit de laisser agir un tiers en son propre nom, mais pour le compte de la Société ou d'une entreprise dépendante ; par exemple, la Société donne ordre à une banque d'acheter, pour le compte de la Société, des actions, et de les revendre sur un nouvel ordre de la Société pour le compte de cette dernière tout en les gardant entre temps dans son propre portefeuille, manœuvre fréquente pour influencer les cours. Naturellement, on ne peut interdire à un tiers d'acquérir les actions d'une société quelconque. Mais qu'il porte alors lui-même les risques et périls ! L'al. 6 du § 65 annule tout contrat entre la Société ou une entreprise dépendante d'une part et un tiers d'autre part autorisant ou obligeant celui-ci à acheter ou à prendre en gage pour le compte de la Société ou de l'entreprise dépendante des actions de la Société, à moins qu'il ne s'agisse d'achats ou de prises en gage tels qu'ils sont permis à la Société ou à l'entreprise dépendante même. Dans ce dernier cas exceptionnel, et plus généralement toujours lorsqu'un tiers est titulaire d'actions pour le compte de la Société ou d'une entreprise dépendante, le tiers n'a pas plus de droits qu'aurait son commettant, §§ 65, al. 7, 114, al. 6. Les actions d'un tel tiers doivent également être mentionnées dans le rapport annuel, § 128,

al. 2, n^{os} 1 et 2 ; dans le bilan figure seulement la créance contre le tiers, évaluée conformément au § 133, n^o 3.

184. — Les al. 5 et 6 sont de nature à porter une grande incertitude dans le commerce des actions. La notion de l'entreprise dépendante est assez vague ; celle de l'acquisition pour le compte de la Société ou d'une entreprise dépendante (1) ne l'est pas moins. D'après le commentaire officieux (1), la loi vise non seulement la participation à un « consortium », c'est-à-dire, à un syndicat créé en vue d'acheter les actions de la Société, et la convention en vertu de laquelle un tiers stipule de posséder désormais ses actions achetées pour son propre compte, pour le compte de la Société, mais aussi le secours à l'achat, par un tiers, d'actions de la Société et la promesse de garantir un tiers contre les risques d'une baisse. La défense de ces opérations, en tant qu'elles sont conclues avec la Société même, est le complément du § 51, al. 1, qui interdit ces opérations au profit d'un souscripteur (v. *supra* n^o 22). Aussi bien que le § 51, al. 1, elle est un corollaire de l'interprétation extensive du principe de la fixité du capital social telle qu'elle a été élaborée avec raison par la jurisprudence. L'actionnaire ou le futur actionnaire qui contracte avec sa Société, assume sciemment un certain risque. Ce qui est neuf et grave, c'est que les al. 5 et 6 du § 65 traitent sur le même pied les opérations du tiers avec une entreprise dépendante encore que la dépendance ne soit pas toujours visible. Dans tous ces cas, la nullité de l'achat ou de la convention de prêter-nom est la règle, la validité l'exception qui doit être prouvée par la partie intéressée. Le tiers qui a vendu des actions d'une société à une entreprise dépendante, ou qui les a achetées sur l'ordre et pour le compte d'une telle entreprise, peut être contraint à reprendre les actions ou à les garder pour son propre compte, bien qu'il n'ait connu ni pu connaître la dépendance de l'entreprise acheteur ou

(1) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 65, note 29, pp. 298-99.

donneur d'ordre. La position du vendeur vis-à-vis d'une entreprise indépendante est presque aussi mauvaise que lorsqu'il contracte directement avec la Société. Certes, en aucun cas, il ne peut être considéré comme bénéficiaire d'une restitution illicite de la mise, passible des §§ 52 et 56 ; il est à l'abri de toute réclamation de la part de la Société ou de ses créanciers. Mais l'entreprise dépendante avec laquelle il a contracté peut se prévaloir de la nullité pour ne pas faire, voire répéter le paiement. Bien que le § 52 ne s'applique pas, il est fort douteux que le tiers puisse au moins invoquer la mauvaise foi de son partenaire selon les §§ 814 et 817, C. c. En tout cas, ces règles, de même que la théorie du solde, ne le servent que dans la mesure où il a déjà reçu le paiement. L'expérience pratique des prochaines années révélera si de tels ou d'autres tempéraments seront nécessaires et s'ils pourront être fournis par la jurisprudence.

d) La réserve légale

185. — Une garantie supplémentaire est donnée aux créanciers par la prescription de cet autre poste obligatoire au passif du bilan qui est connu sous le nom de « réserve légale ». Il se distingue du capital social parce que l'actif correspondant n'est pas constitué par des mises, mais par des prélèvements sur les bénéfices annuels. La réserve légale n'est pas fixe, elle grandit dans les années de prospérité, elle diminue dans les années mauvaises où elle sert à balancer les pertes. Elle ne peut jamais être employée afin de distribuer un dividende, mais, en revanche, on peut distribuer des bénéfices avant que la réserve ait été reconstituée, il suffit de faire le prélèvement prescrit. Voilà les caractères généraux de cette institution ingénieuse communs au droit allemand et au droit français. Mais le droit allemand est plus explicite que l'art. 36, L. 1867. Le § 130 de la Loi de 1937 est encore plus détaillé que ne l'était le § 262, C. com. qui a d'ailleurs été modifié en certains points essentiels.

186. — Quant à la constitution : Tandis que l'art. 36,

L. 1867, ne prescrit qu'un « prélèvement d'un vingtième au moins sur les bénéfices nets, qui cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve a atteint le dixième du capital social », le § 130, al. 2, affecte à la réserve légale, en plus de ce prélèvement sur le bénéfice net (1), les sommes provenant des primes d'émission sur les actions, ainsi que les versements supplémentaires faits par les actionnaires moyennant l'octroi de droits préférentiels, peu importe que la réserve ait atteint le dixième légal ou le pourcentage supérieur prescrit par les statuts.

Quant à l'emploi, l'al. 3 dispense la Société de la constatation d'un déficit dans le bilan. Le déficit peut être couvert à l'intérieur du bilan par l'emploi de la réserve, et seul le compte de pertes et profits doit accuser cette opération d'après le § 132, al. 1, n° I 7 et II 5. Si la Société a des réserves facultatives, elle peut les utiliser avant la réserve légale, mais la dernière proposition du § 130 dit formellement qu'elle n'y est pas obligée. Mais si la Société emploie la réserve légale, elle ne peut naturellement pas en même temps distribuer un dividende provenant de la suppression de réserves facultatives ; ce serait une fraude manifeste à l'indisponibilité de la réserve légale.

187. — Quel est l'intérêt de la réserve légale pour les actionnaires ? Certes, comme toute réserve, elle renforce la stabilité et le crédit de la Société et bénéficie par là indirectement aux actionnaires. Mais en principe, cette réserve est une charge pour eux. En effet, l'actif d'une société en équilibre, de même que celui de tout commerçant, se compose au moins de deux parties, l'une incorporant la valeur des apports (le capital propre), l'autre balançant les dettes, représentant pour ainsi dire les apports des créanciers (le

(1) Le § 131, al. 2 qualifiant de bénéfice net ce qui reste après déduction de toutes les réserves y compris la réserve légale, le prélèvement se fait d'une manière autre qu'en France : on déduit du bénéfice (b) en outre des réserves facultatives (r) une somme à titre de réserve légale (x) qui laisse un bénéfice net 20 fois plus grand ($20x$) : $b - r - x = 20x$, $x = (b - r) : 21$; en France, le prélèvement est $(b - r) : 20$, peut-être même $b : 20$.

capital étranger). Une perte est imputée d'abord à la première partie, car le risque incombe aux associés. Les bénéfices sont distribués en principe chaque année et disparaissent ainsi de l'actif. Si on les garde pour en former des réserves, et surtout une réserve légale, frappée d'une certaine indisponibilité, le risque des associés est pour autant augmenté. Jusqu'ici, ils ne risquaient que la perte de leurs mises, désormais aussi celle des bénéfices non distribués.

Toutefois, si la réserve existe une fois, les actionnaires en bénéficient. En effet, un déficit ayant été comblé par la réserve, celle-ci ne doit pas être immédiatement reconstituée par les bénéfices de l'exercice suivant, tandis qu'une telle reconstitution serait obligatoire en cas d'atteinte au capital. Il suffit, si la réserve est désormais inférieure au dixième légal, de continuer ou de recommencer le prélèvement du vingtième. Les actionnaires ont donc un intérêt à ce que le déficit soit couvert autant que possible au moyen de la réserve légale et ne soit pas reporté. Est-ce qu'ils y ont un droit ? Le § 262 C. com. était interprété dans ce sens par le Tribunal d'Empire (1). La rédaction du § 130 de la Loi permet au contraire à l'administration de procéder comme bon lui semble.

§ 3. — L'augmentation du capital

a) Généralités

188. — En France, l'augmentation du capital est traitée, à défaut de tout texte, à l'instar de la constitution (2), avec cette seule différence que le rôle des fondateurs incombe aux administrateurs et que, mais ce dernier point est très controversé, l'augmentation doit être entérinée par une Assemblée satisfaisant aux prescriptions de l'art. 31,

(1) Trib. d'Emp., 13 novembre 1934, *RGZ* 145, 336 ; *JW* 1935, 421, n° 5, note H. LEHMANN.

(2) Cette thèse a été corroborée par l'al. 10 inséré à l'art. 1, L. 1867 par le Décret du 31 août 1937.

L. 1867, sur le quorum des assemblées extraordinaires (1). En Allemagne, où la matière est réglée en 25 paragraphes (149-173), la ressemblance avec la constitution par étapes (qui, seule, peut être comparée à l'augmentation du capital) est beaucoup moins grande. Il n'y a ni contrôle par les administrateurs ou des commissaires, ni assemblées constitutives auxquelles les nouveaux actionnaires auraient accès.

189. — L'augmentation du capital est donc en Allemagne juridiquement plus facile qu'en France. Mais on ne doit pas perdre de vue qu'au lieu de la déclaration notariée prescrite en France, on exige en Allemagne la déclaration au Registre du Commerce, sensiblement plus circonstanciée et soumise à la vérification judiciaire. La différence essentielle entre les deux législations est ailleurs. En France, le silence de la loi laisse à la Société une grande liberté de régler les modalités de l'augmentation ; les Statuts et l'Assemblée Générale peuvent la confier, dans une large mesure à l'Administration. En Allemagne, le législateur de 1884 a, au contraire, rigoureusement réglementé les compétences et la marche à suivre en cette matière, et la Loi de 1937 n'a tempéré cette rigueur qu'en ajoutant, à l'augmentation « ordinaire », deux nouvelles formes d'augmentation du capital : l'augmentation dite « sous condition » (*Bedingte Kapitalerhöhung*) et le « capital autorisé » (*Genehmigtes Kapital*).

b) L'augmentation ordinaire

190. — En Allemagne, de même qu'en France, l'augmentation commence par une autorisation, donnée par l'Assemblée Générale, dans les conditions prescrites pour une modification des statuts, de l'émission des actions nouvelles.

(1) C'est la solution de Civ., 12 juillet 1937, *J. Soc.* 1938, 45, note BOSVIEUX ; S. 1938, I, 121, note LESCOT ; *Rev. sp.*, janvier 1938, p. 20, avec diss. COPPER-ROYER, pp. 1 ss. ; D. P. 1938, I, 79, note CORDONNIER ; *Rev. gén. Dr. com.*, 1938, 521, note G. LAGARDE.

Mais en France, l'assemblée générale extraordinaire décide, en règle générale, — ainsi par exemple dans l'affaire jugée par l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 juillet 1937 précité, — sur le seul principe de l'augmentation, dans la limite d'un montant maximum ; elle donne à cet effet tous pouvoirs au Conseil d'Administration de réaliser l'augmentation par l'émission d'actions nouvelles en une ou plusieurs tranches, et l'Assemblée ne modifie pas elle-même et par avance les statuts, cette tâche étant réservée à l'assemblée ultérieure des actionnaires anciens et nouveaux. En Allemagne, cette seconde assemblée n'existe pas, et la première modifie les statuts par avance. Cette modification est conditionnée par la réussite de l'émission prévue. Pour éviter un échec, on peut se borner à indiquer le maximum de l'augmentation à atteindre. Toutefois, l'Assemblée doit fixer en tous cas, au moins implicitement, la date où l'opération doit être terminée. Une délibération qui ne souffre aucune autre interprétation qu'en ce sens que la Direction a pleins pouvoirs d'émettre ou de ne pas émettre les actions, ou qui ne fixe pas un délai raisonnable dans lequel la Direction doit agir, est frappée de nullité absolue, parce qu'elle confère à la Direction une compétence qui ne lui revient pas (1). L'autorisation de l'émission est donc en même temps une injonction à l'adresse de la Direction ; cela distingue précisément l'augmentation ordinaire du capital autorisé. De même, la Direction n'est pas libre de fixer le taux d'émission des actions nouvelles ; une émission au-dessus du pair doit être prévue dans la décision de l'Assemblée Générale, qui dans ce cas doit fixer le taux minimum, § 149, al. 3.

191. — La décision de l'Assemblée Générale joue en quelque sorte le rôle des Statuts lors de la constitution. Ainsi elle doit énoncer les apports en nature, § 150 ; il n'existe cependant ici aucune prescription, correspondant aux §§ 19 et 20 sur les avantages particuliers, les dépenses de la consti-

(1) Trib. d'Emp., 13 mars 1934, *RGZ* 144, 138 (141).

tution et les reprises de biens ; il n'existe pas non plus un contrôle des apports en nature par les contrôleurs ; toutefois on applique le § 45 sur la constitution subséquente, lorsque l'augmentation a lieu dans les deux ans qui suivent l'immatriculation de la Société et que le montant des actions émises contre les apports en nature dépasse le dixième du capital social primitif.

Parmi les apports en nature, figurent en particulier les créances contre la Société. La transformation de créances en actions est considérée en France comme une libération en numéraires, alors au moins que la créance est certaine, liquide, exigible et d'une valeur recouvrable égale à la valeur nominale et la prime d'émission de l'action (1). En Allemagne, on est plus sévère ; nous avons vu plus haut que le règlement de la mise n'est pas possible par voie de compensation contre la volonté de la Société (v. *supra* n° 161) ; celle-ci peut — sauf pour le premier quart — consentir à une compensation contractuelle ou accepter une offre de dation en paiement d'une créance équivalente à la mise. Mais lorsqu'elle s'y oblige d'avance, cet engagement ne lui est opposable que s'il a été agréé par l'Assemblée Générale comme tout autre apport en nature (2). Il en est autrement des créances incorporées dans les « obligations convertibles » (*Wandelschuldverschreibungen*) destinées dès leur émission à être échangées contre des actions (§ 161, al. 1, prop. 2). Il faut noter que l'émission soi-disant gratuite de nouvelles actions se fait en vérité moyennant des

(1) Cf. l'alinéa 10 de l'art. 1^{er}, L. 1867 (texte de 1937) ; cf. *supra*, p. 107, note 1.

(2) Les §§ 20 al. 2 et 150 al. 2 n'annulent pas seulement la stipulation occulte d'apports en nature, mais aussi toute opération faite en vue d'exécuter une telle stipulation. Par conséquent, la nullité frappe même une compensation, consentie par la Société, avec une créance équivalente ; ce mode de règlement, licite en principe, ne l'est plus, paraît-il, dès qu'il a été envisagé déjà au moment de l'augmentation du capital sans avoir été dûment approuvé dans la résolution de l'Assemblée. Quant à la question difficile de savoir si pour apprécier l'équivalence, il faut prendre pour base la situation de la Société avant ou après l'augmentation, v. Trib. d'Emp. 16 février 1938, *JW* 1938, 1400, n° 16, note BOESCHKE.

apports en nature, c'est-à-dire par la transformation en capital de réserves facultatives ou de bénéfices non distribués.

192. — La décision de l'Assemblée Générale doit être déclarée par la Direction et le Président du Conseil de Surveillance ou son suppléant, au Registre du Commerce aux fins d'immatriculation. § 151. Ces déclaration et immatriculation, qui à elles seules n'ont pas beaucoup d'importance, sont à l'ordinaire remises à plus tard. Le § 155 al. 3 permet de les effectuer en même temps que celles de la réalisation de l'augmentation du capital. Cette réalisation consiste en la souscription des actions suivie du versement du premier quart et de la prime d'émission des actions libérables en numéraire. Enfin, la réalisation est déclarée par la Direction et le Président du Conseil de Surveillance ou son suppléant aux fins d'immatriculation au Registre du Commerce, § 155, al. 1. A cette déclaration, sont annexées des pièces justificatives correspondant *mutatis mutandis* à celles jointes à la déclaration de la Société lors de la constitution.

193. — Le contrôle du juge est ici encore plus important que lors de la constitution, puisqu'il n'y a aucune vérification obligatoire par les administrateurs ou des contrôleurs experts, à moins que l'augmentation n'implique une constitution subséquente au sens du § 45. Le juge va s'assurer de la régularité de la délibération de l'Assemblée Générale, de ce qu'elle contient toutes les clauses nécessaires, de la valeur des apports en nature (§ 155, al. 4), de la souscription intégrale du capital nouveau en bonne et due forme par des personnes indépendantes de la Société et n'agissant pas pour son compte (1), etc... En outre, il n'immatricule ni

(1) Le § 51 interdit la souscription pour le compte de la Société (al. 1) ou par une entreprise dépendante (al. 2), mais il déclare une telle souscription quand même valable ; SCHEGELBERGER et QUASSOWSKI déclarent, dans leur *Commentaire*, § 51, notes 6 et 12, pp. 251 et 253, que pour cette raison le juge ne peut pas critiquer une telle souscription ; mais alors le § 51 serait sans sanction efficace, surtout l'alinéa 2 (sur

la décision de l'Assemblée Générale, ni sa réalisation, lorsque la libération complète du capital primitif ne lui est pas démontrée, à moins qu'il ne s'agisse d'une fraction insignifiante, §§ 149 al. 4, 151 al. 2. En effet, aux seules sociétés d'assurances il est permis d'augmenter leur capital avant le versement intégral des mises primitives, ces sociétés ayant besoin d'un capital élevé comme garantie de leurs engagements éventuels plutôt que de disponibilités importantes pour leurs opérations.

194. — Dès que la réalisation a été immatriculée, le capital est augmenté, § 156. L'immatriculation joue donc ici le même rôle important que lors de la constitution, et l'émission prématurée des actions est ici également nulle, § 158, et punissable, § 296 n° 4. L'immatriculation couvre les vices de la souscription, mais non pas ceux de la délibération qui peut être nulle ou annulable d'après les règles générales, ce qui entraîne, le cas échéant, l'écroulement de toute l'opération, de même que la nullité des Statuts engendre la liquidation forcée de la Société (1). Dans le moment où l'augmentation du capital prend effet, le texte des Statuts devient inexact et doit être modifié. Cette modification purement rédactionnelle est à l'ordinaire votée, — ou confiée au Conseil de Surveillance conformément au § 145, al. 1, prop. 2, — en même temps que l'augmentation et déclarée au Registre du Commerce en même temps que la réalisation de l'augmentation du capital.

l'al 1, v. *suprà*, n° 22). Le point de vue exact est soutenu dans le même *Commentaire*, § 152, note 4, p. 714. Il est vrai que l'irrégularité de la souscription échappera souvent au juge ; c'est pourquoi le § 51 déclare la souscription valable, car, si elle ne l'était pas, l'immatriculation validerait quand même l'augmentation du capital, mais la Société resterait avec les actions non souscrites pour lesquelles elle trouverait difficilement un acheteur ; mieux vaut obliger l'entreprise dépendante ou le prête-nom à payer la mise.

(1) Si un bulletin de souscription a été nul, le souscripteur garde le droit d'opposer la nullité à la Société malgré l'immatriculation, mais il perd ce droit dès qu'il agit en actionnaire, § 152, al. 3 (v. *suprà*, n° 130).

c) Le capital autorisé

195. — La subordination assez stricte de l'Administration à l'Assemblée Générale en matière d'augmentation ordinaire empêche la Société de profiter de maintes occasions de se procurer des fonds à des conditions favorables. Sous le régime du Code de Commerce, on avait inventé, pour parer à cet inconvénient, les actions de provision (v. *supra* n° 22). La Loi de 1937, hostile à ce genre d'actions, les a rendues superflues en permettant dans son § 169, d'autoriser la Direction, soit dans les Statuts originaires, soit dans une décision de l'Assemblée Générale modifiant les Statuts à une majorité qui ne doit pas être inférieure aux trois quarts du capital représenté, à émettre, lorsqu'elle le juge utile, une ou plusieurs tranches d'actions nouvelles. Cette autorisation ne peut être donnée que pour cinq ans au plus et pour un montant d'actions qui ne peut dépasser la moitié du capital social existant.

196. — L'émission se fait d'après les règles sur l'augmentation ordinaire ; elle ne doit commencer, en principe, qu'après la libération complète du capital existant lors de l'autorisation, § 170 (1). Mais, à la différence de l'augmentation ordinaire, la Direction fixe ici librement les conditions de l'émission et elle peut même, par insertion dans les bulletins de souscription, admettre des apports en nature, pourvu que l'autorisation prévienne l'émission moyennant des apports en nature, §§ 171, 172. Il est vrai que l'autorisation statutaire ou la délibération de l'Assemblée Générale peuvent restreindre cette liberté et que, en outre, la Direction est toujours obligée de demander le consentement du Conseil de Surveillance ; toutefois, ces restrictions n'ont qu'un caractère interne ; leur inobservation engage la responsabilité des Directeurs et fait obstacle à l'immatriculation, si le juge s'en aperçoit, mais l'immatriculation une fois effectuée, l'augmentation du capital n'est pas

(1) C'est au moment où la souscription de la première fraction du capital autorisé est déclarée au juge, qu'il faut indiquer si et pourquoi il y a encore des mises non libérées, § 170, al. 2, prop. 4.

nulle du fait de cette illégalité. Ainsi l'Administration a reçu des pouvoirs aussi étendus qu'ils peuvent lui être accordés en France, ce qui est d'ailleurs tout à fait dans la tendance générale de la loi de la renforcer au détriment de l'Assemblée Générale.

d) Le droit de souscription et l'augmentation conditionnelle

197. — L'augmentation du capital permet à la Société de se procurer des fonds sans augmenter ses dettes. Elle n'est cependant pas sans danger pour les actionnaires. D'abord, elle modifie les rapports de majorité dans l'Assemblée Générale (1). Mais elle peut même leur porter un préjudice pécuniaire, lorsque les actions nouvelles sont émises au pair tandis que leur valeur réelle est de beaucoup supérieure. Dans ce cas, les nouveaux actionnaires entrent gratuitement dans la jouissance des réserves accumulées, au détriment des anciens actionnaires dont les actions sont ainsi dépréciées. C'est pour cette raison, et aussi pour rendre impossible toute manœuvre spéculative des Directeurs, que le législateur de 1884 a tellement tenu à réserver la décision sur l'augmentation du capital à l'Assemblée Générale. Pour la même raison, il avait déjà prévu un droit préférentiel de souscription pour les actionnaires, afin que ceux-ci puissent neutraliser la dépréciation menaçante de leurs droits par l'acquisition à bon marché des actions nouvelles. Le § 153 de la Loi de 1937 a encore renforcé ce droit en rendant plus difficile sa suppression par la prescription d'une majorité accrue et d'une annonce du projet de la suppression à l'ordre du jour.

198. — Ce droit de souscription diffère en plusieurs détails de celui institué en France par le décret-loi du 8 août 1935. La principale différence est l'absence dans la

(1) Ce mal est encore aggravé si les actions nouvelles sont privilégiées, parce que, alors, les nouveaux actionnaires ont d'autres intérêts que les anciens. Pour parer à cet inconvénient, la Loi a introduit les actions de priorité sans droit de vote dont nous avons déjà parlé et sur lesquels nous reviendrons plus loin.

loi allemande d'une règle correspondant à l'article 4 du décret du 8 août 1935 ; si quelques actionnaires ne demandent pas à souscrire des actions nouvelles en proportion au montant de leurs actions, les actions ainsi disponibles ne seront pas attribuées à ceux ayant souscrit un nombre d'actions supérieur à celui qui leur revenait, mais offertes au public. Le droit de souscription peut être vendu. Celui qui ne possède pas un nombre d'actions suffisant pour l'exercer lui-même n'a même pas d'autre moyen pour le mettre en valeur. Mais, autrement qu'il est prévu dans la 2^e proposition de l'article 1^{er}, al. 1^{er} du décret du 8 août 1935, le droit ne peut être transféré que par la cession du droit civil.

199. — Le droit de souscription ne peut être écarté que par la décision même sur l'augmentation du capital ; à cet effet, la décision doit être prise à une majorité qui ne satisfait pas seulement les règles statutaires ou légales sur la modification des statuts, mais qui comprend aussi les trois quarts au moins du capital représenté. Tandis que pour les modifications ordinaires des statuts, les statuts peuvent prescrire une autre majorité du capital, ici ils ne peuvent qu'exiger une majorité plus grande, § 153, al. 3. La suppression du droit de souscription doit formellement être annoncée comme faisant partie de l'ordre du jour, pour éviter toute surprise, § 153, al. 4. La stipulation d'apports en nature impliquant toujours une suppression du droit de souscription relatif aux actions accordées à l'apporteur, une augmentation du capital avec apports en nature sera toujours soumise à ces règles de majorité, tandis qu'en France le droit de souscription est d'emblée restreint aux « actions de numéraire ». On ne considère cependant pas, en Allemagne, comme atteinte au droit de souscription la clause, fréquente dans la pratique, d'après laquelle toutes les actions nouvelles sont prises par une banque, qui s'oblige à les offrir aux actionnaires ; c'est aussi l'opinion des Motifs Officiels. En revanche, on verra une lésion du droit de souscription en ce que l'exercice

est rendu pratiquement impossible ou plus difficile, sans motif valable, p. ex. par la fixation d'une valeur nominale ou d'un taux d'émission très élevé. Le droit de souscription des actionnaires est complété, en outre, par la défense d'accorder un droit de souscription à un tiers, si ce n'est sous réserve du droit préférentiel des actionnaires, § 154, al. 1. Avant le vote de l'augmentation, aucun droit de souscription ne peut même être valablement consenti par la Société, § 154, al. 2. Cette dernière règle vise surtout les droits de souscription accordés jadis souvent aux fondateurs, lors de la constitution de la Société. Ils ont été interdits par la réforme de 1884 ; le § 12 de la loi d'Introduction de 1937 a formellement aboli même ceux stipulés avant cette réforme. Le but est de rendre l'Assemblée Générale entièrement libre dans sa décision.

200. — Toutefois, le droit préférentiel des actionnaires gêne considérablement, par les lenteurs inévitables qu'il comporte, l'augmentation du capital. En matière de capital autorisé, la loi permet à la Direction de l'exclure, § 171, al. 1 (1). Si la Société veut émettre des obligations convertibles ou préparer l'absorption d'une autre société, cette règle ne suffit même pas. Dans ces cas, il faut substituer au droit préférentiel des actionnaires le droit préférentiel des tiers qui doivent être sûrs d'avoir à leur disposition, le moment venu, les actions nécessaires. La loi de 1937 a donc permis comme troisième forme de l'augmentation du capital, l'augmentation dite « conditionnelle ». C'est une augmentation jointe à l'octroi de droits de souscription irrévocables à des tiers (2). Cette augmentation se réalise au fur et à mesure que les tiers exercent leurs droits

(1) Un abus par la Direction de cette autorisation peut entraîner la responsabilité des directeurs et celle de la Société envers les actionnaires lésés, § 826, C. c. allemand ou même § 823, al. 2, si l'on considère les règles sur le droit de souscription comme lois de protection (et non pas comme créatrices d'une simple créance, ce qui nous semble plus juste).

(2) Une Assemblée Générale qui retire un tel droit ou revient sur l'augmentation est nulle, § 159, al. 4.

et se font attribuer les actions, § 159. Les règles de majorité et le montant maximum sont les mêmes que celles en matière de capital autorisé. En outre, l'augmentation conditionnelle n'est permise qu'en vue de satisfaire les créanciers d'obligations convertibles ou de préparer une fusion ou une autre forme d'union de plusieurs entreprises ; en revanche, il n'est pas requis ici que le capital existant soit libéré. Une délibération immatriculée en violation desdites prohibitions semble d'ailleurs être pleinement valable. Pour permettre au juge d'exercer un contrôle, la délibération doit énoncer le but de l'augmentation ainsi qu'une indication générique des personnes auxquelles est octroyé le droit de souscription, enfin, le taux d'émission ou, au moins, la base sur laquelle il sera calculé, § 160, al. 2,

201. — Après la décision de l'Assemblée Générale, la marche de l'augmentation est différente de celle des autres formes. Les titres d'actions doivent être délivrés sans demeure aux requérants qui entendent, peut-être, profiter d'une hausse subite, mais passagère, des actions. La remise des actions est donc licite dès que la délibération a été immatriculée, § 164. Cette immatriculation devient donc l'acte capital et est subordonnée à la production des documents qui, à l'ordinaire, ne sont requis que lors de l'immatriculation de la réalisation, § 162. La remise se fait sur la signature d'un bulletin de souscription, § 165, et moyennant, soit la libération intégrale, soit la restitution de l'obligation convertible, § 166, al. 1. Pour le cas d'échange contre une obligation convertible, le § 166, al. 2, prévient une émission au-dessous du pair, lorsque le taux d'émission de l'obligation était inférieur au montant nominal des actions auxquelles elle donne droit. Mais la seule sanction de l'inobservation de ces règles est la responsabilité des directeurs et conseillers de surveillance coupables. Le capital est augmenté par le fait de la remise du titre, § 167. L'immatriculation de la réalisation n'est que déclara-

toire (1). Ainsi, la Société perd tout motif légitime pour créer des actions de provision en vue de faciliter son financement, l'augmentation conditionnelle garantissant beaucoup mieux aux obligataires et autres bénéficiaires le droit de retirer les actions qui leur sont promises, quand ils le désirent

*e) Indications sommaires sur les différentes
sortes d'obligations*

202. — Le dernier paragraphe (§ 174) de la section consacrée à l'augmentation du capital traite des obligations convertibles et des obligations bénéficiaires. C'est que cette section porte le titre général « Mesures de se procurer des capitaux » (*Massnahmen der Kapitalbeschaffung*) et vise ainsi non seulement le financement par la voie de l'augmentation du capital, mais aussi l'émission d'obligations. Cet ordre des matières, critiquable du point de vue strictement juridique, peut se défendre du point de vue économique, parce que sous cet angle la différence entre le capital actions et le capital obligations est effacée.

Si la Loi ne s'occupe pas des obligations en général, c'est pour laisser l'entière liberté aux statuts de régler leur émission, sous réserve, bien entendu, de l'inefficacité à l'égard des tiers de toute restriction des pouvoirs de la Direction, § 74. En outre, l'émission d'obligations *au porteur* ayant un montant nominal déterminé est soumise à l'autorisation gouvernementale par le § 795, C. c. allemand. Mais cette règle est facilement et licitement éludée par l'émission d'obligations à ordre, permise à tout commerçant par le § 363, al. 1, prop. 2, C. com., obligations endossées en

(1) La Direction doit signaler au Registre du Commerce un mois au plus tard après la fin de chaque exercice le nombre des actions émises au courant de l'exercice en affirmant que l'émission a eu lieu exclusivement dans le cadre du but de l'augmentation et moyennant la pleine contre-valeur tels qu'ils ont été fixés par l'Assemblée Générale, § 168 ; mention des actions ainsi émises doit être faite dans le rapport annuel, § 128, al. 2, n° 3. Nous sommes ici en présence de la seule hypothèse où la remise du titre est constitutive de la qualité d'actionnaire.

blanc par la banque émettrice et qui circulent ensuite comme des titres au porteur. Le groupement des obligataires a été réglé par la loi sur les Droits communs des obligataires du 4 décembre 1899 (1).

203. — L'innovation de la loi de 1937 ne concerne que quelques sortes assez spéciales d'obligations : Les obligations convertibles, les obligations bénéficiaires et les droits de jouissance (2). Ces titres peuvent gêner la liberté de l'Assemblée Générale. En effet, les obligations convertibles rendent nécessaire une augmentation conditionnelle ou autre du capital pour donner aux obligataires la faculté de changer leurs obligations en actions ou d'exercer le droit de réclamer des actions, tout en gardant l'obligation, à titre d'intérêt ou d'avantage supplémentaire. Les droits de jouissance — qui correspondent aux parts de fondateurs ou parts bénéficiaires françaises (3) — confèrent un droit fixe ou proportionnel dans les bénéfices annuels ou distribués lors de la liquidation, les obligations bénéficiaires contiennent en outre la promesse de restituer le capital (avec ou sans intérêts) (4). L'existence de ces deux dernières catégories d'actions est donc de nature à agir sur la politique de dividende de la Société.

(1) Modifiée par la Loi du 14 mai 1914, le Décret-Loi du 24 septembre 1932 et la Loi du 20 juillet 1933. Cette Loi semble avoir servi de modèle à certaines dispositions du titre II du Décret-Loi français du 30 octobre 1935, relatif à la protection des obligataires.

(2) Les obligations convertibles et les obligations bénéficiaires sont définies dans le § 174, al. 1 ; les droits de jouissance ne sont pas définis, mais seulement mentionnés dans l'al. 3 et dans le § 128, al. 2, n° 5 qui prescrit leur mention au rapport annuel. Il faut rappeler que le droit allemand comprend sous le terme « obligation convertible » non seulement une obligation qu'on peut échanger contre une action, mais aussi une obligation à laquelle est attaché un droit de souscrire à une ou plusieurs actions sans nécessité de restituer l'obligation.

(3) Les droits de jouissance suppléent en Allemagne aussi aux actions de jouissance du droit français, v. *supra*, n° 77.

(4) Cette définition ne vise que le cas le plus fréquent. La définition légale du § 174 est plus générale et embrasse toute obligation joignant aux droits d'un créancier des droits accessoires variant avec le dividende d'actionnaire, soit de la société émettrice, soit d'une autre société.

204. — Pour ces raisons, le § 174 soumet l'émission des obligations convertibles ou bénéficiaires et l'octroi des droits de jouissance à l'autorisation de l'Assemblée Générale. Cette autorisation doit être décidée dans les mêmes conditions qu'une augmentation ordinaire du capital. Il reste cependant cette grande différence que les actions émises sans l'autorisation de l'Assemblée sont absolument nulles, tandis que l'absence de la délibération sur l'émission des titres du § 174 engage seulement la responsabilité des directeurs (1). Le dernier alinéa du § 174 renforce la protection des actionnaires en leur accordant un droit préférentiel de souscription tel qu'ils l'ont sur les nouvelles actions lors d'une augmentation. Enfin, le § 174, al. 2 contient une prescription qui n'est pas édictée dans l'intérêt des actionnaires, mais pour empêcher un encombrement du marché des capitaux : L'émission d'obligations convertibles n'est permise et valable qu'avec l'autorisation donnée par le Ministre de l'Economie nationale, d'accord avec le Ministre de la Justice et le Ministre des Finances (sanction pénale : § 296, al. 1, n° 6, prison).

205. — Les titulaires des droits de jouissance et des obligations bénéficiaires sont des créanciers, ils n'ont pas la qualité d'associés. Ils doivent subir les décisions prises par les organes compétents de la Société sans pouvoir y concourir ou s'y opposer. En revanche, les mesures directement attentatoires à leurs droits n'ont aucun effet contre eux, ainsi que celles, semble-t-il, déterminées par le désir de les frustrer de la quote-part des bénéfices à laquelle ils ont droit, sans être justifiées par l'intérêt bien entendu de la Société (§ 826, C. c. allemand). En matière de parts de jouissance, auxquelles la loi de 1899 (v. *supra*, n° 202) n'est pas applicable, c'est à peu près la situation qui existait en France avant la loi du 23 janvier 1929 sur les parts

(1) Il s'agit ici de l'émission de titres négociables; vu les conséquences graves de la nullité d'une telle émission, la Loi l'édicte toujours formellement, ainsi p. ex. dans les §§ 8, al. 3; 10, al. 4; 34, al. 4; 158, prop. 2; 164, prop. 3.

de fondateurs. Les abus qui ont été la cause de cette loi (1) se sont aussi fait sentir en Allemagne (2). La loi de 1937 ne contient cependant aucune disposition sur les groupements des porteurs de ces parts. La Société ne peut donc les réunir en une masse où règne la loi de la majorité que par la voie de stipulations contractuelles insérées dans le texte des titres.

§ 4. — La réduction du capital

a) Généralités

206. — Si une Société réduit son capital, c'est en règle générale pour un des deux motifs suivants : ou bien il apparaît que les fonds affectés au capital social dépassent les besoins de l'entreprise, ou bien le patrimoine social a subi des pertes telles qu'on doit abandonner l'espoir de pouvoir reconstituer le capital social avant longtemps. Dans la première hypothèse, on restitue les sommes que la Société ne peut employer avec profit. La réduction du capital est en effet la seule voie permise pour distribuer pendant la durée de la Société une partie du patrimoine social qui n'est pas bénéfice. Une telle distribution compromet le gage des créanciers qui doivent être protégés. Dans la seconde hypothèse, on adapte le capital à l'actif encore existant ; les actionnaires renoncent à une partie de la valeur nominale de leurs actions, dans l'espoir que, le passif social étant ainsi réduit, le bilan accusera bientôt des bénéfices distribuables. Le danger pour les créanciers est ici plus éloigné. On ne distribue pas leur gage, on se dispense seulement de sa reconstitution. Très souvent, on joint à cette dernière sorte de réduction une augmentation du capital en émettant des actions nouvelles pour remplir la caisse (cf. § 181 de la loi qui permet dans ce cas de réduire le capital au-dessous du minimum légal). Dans ce

(1) V. Paris, 22 décembre 1933, D. P. 1937, II, 25, note P. PIC.

(2) Cf. Trib. d'Emp., 13 mars 1931, RGZ 132, 199 = JW 1931, 3275, n° 13, note VEIT-SIMON.

cas, les victimes principales sont les anciens actionnaires : sur le même capital qu'ils possédaient jadis tout entier, ils n'ont plus qu'une quote-part, l'autre appartenant aux nouveaux actionnaires qui, par leurs mises, ont dû réparer les pertes éprouvées. En général, les actionnaires ne souffrent cependant pas de la réduction, soit que la Société leur restitue ou renonce à leurs mises, soit qu'elle efface le déficit pour arriver plus vite à une distribution de dividendes. Toutefois, ils ont un intérêt légitime que la Société ne soit pas affaiblie par une réduction du capital injustifiée.

207. — Depuis le décret du 6 octobre 1931, la loi allemande connaît deux genres de réduction de capital, chacune adaptée à un des buts susvisés. La réduction ordinaire, forme classique réglementée d'abord en 1897, mais qui a été assez modifiée en 1937, et la réduction simplifiée du décret de 1931, également amendée en plusieurs points par la nouvelle loi. Si la réduction simplifiée est réservée à la réduction « en vue de balancer les dépréciations, couvrir les pertes ou faire passer des sommes à la réserve légale » (§ 182), rien n'empêche la Société de se servir à ces fins de la réduction ordinaire, qui, on le verra, lui laisse plus de liberté. L'amortissement, troisième forme de réduction, est traitée à part. Toute la matière de la réduction du capital remplit une section de la loi avec trois sous-sections et vingt paragraphes (§§ 175-194). On remarque ici de nouveau la différence avec la loi française où toute réglementation fait défaut et où la jurisprudence supplée à l'insuffisance des textes par l'application analogue des règles relatives à la liquidation qui, elles aussi, sont en grande partie jurisprudentielles, tandis qu'en Allemagne, le Code de 1862 contenait déjà un renvoi formel aux prescriptions assez détaillées sur la liquidation (1). Encore

(1) Sur l'histoire de la législation allemande relative à la réduction et sa différenciation de la liquidation, v. BOESEBECK, *Kapitalherabsetzung im deutschen Aktienrecht*, Deutsche Landesreferate (v. *supra*, p. 58, note 97), pp. 361 ss.

à l'heure actuelle, la protection des créanciers lors de la réduction ordinaire ressemble de loin à celle prévue lors de la liquidation. C'est précisément par là que la réduction ordinaire se distingue de la réduction simplifiée, les règles sauvegardant les intérêts des actionnaires étant les mêmes.

b) La protection des actionnaires

208. — Le § 175 exige une délibération de l'Assemblée générale prise à la majorité des trois quarts au moins du capital représenté, homologuée à la même majorité par les délibérations séparées des différentes catégories d'actionnaires. Les statuts ne peuvent que fixer des conditions encore plus rigoureuses (comme en matière de suppression du droit de souscription, § 153, al. 3, d'augmentation conditionnelle, § 160, al. 1 et de capital autorisé, § 169, al. 2). La délibération doit préciser le but de la réduction.

209. — La résolution de l'Assemblée générale doit énoncer également la forme dans laquelle la réduction sera réalisée ; trois formes sont possibles : la réduction du montant nominal des actions, la diminution de leur nombre dans une proportion déterminée, l'amortissement. L'amortissement, qui sert à des fins spéciales et donne lieu à des problèmes particuliers, sera étudiée plus loin (sous e). La réduction du nombre des actions, qui force le petit actionnaire à vendre ses actions ou à acheter d'autres pour en avoir assez pour la conversion, n'est permise que dans la mesure où elle est inévitable parce que la réduction du montant nominal des actions se heurte au taux minimum légal du § 8 (1). La réalisation de la réduction par voie de diminution du nombre des actions est facilitée par le § 179 qui permet à la Société d'annuler, après une sommation dûment publiée, les actions non déposées en vue de conversion ou dont le nombre n'atteint pas le taux de conver-

(1) Cette règle équitable provient du décret sur les bilans-or. En France, cf. Civ., 30 mai 1892, D. P. 1893, I, 105, note THALLER.

sion : cette annulation se distingue de celle du § 67 (*supra*, n° 89), qui s'applique en cas de réduction du montant nominal des actions, en ce que l'autorisation judiciaire n'est pas requise et que les actions nouvelles émises au lieu des actions annulées ne sont pas remises aux titulaires de celles-ci. Cette remise est en effet impossible, une action nouvelle correspondant à plusieurs actions annulées qui peuvent avoir été dans les mains de titulaires différents. La Société doit donc immédiatement vendre les actions nouvelles en observant les règles de l'al. 3 destinées à assurer l'obtention d'un juste prix (1), et verser aux intéressés le produit de la vente, à chacun la part qui lui revient.

c) *La protection des créanciers*

210. — La réduction du capital, ainsi que l'augmentation doit passer par trois stades. Ceux de l'augmentation étaient : la résolution de l'Assemblée, la réalisation juridique, c'est-à-dire, la souscription, et la réalisation économique qui consiste dans le versement effectif du capital nouveau. La réduction commence également par une décision de l'Assemblée Générale, continue par une réalisation juridique (réduction du taux ou du nombre des actions) aboutissant à une opération comptable dans le bilan annuel (diminution du chiffre du capital). Si celui-ci accuse des bénéfices à la suite de la réduction, ceux-ci, d'après les règles générales, pourraient être distribués aux actionnaires. En matière d'*augmentation* du capital, la protection des créanciers consiste dans la garantie d'une souscription totale et régulière du capital nouveau. L'augmentation ne prend donc effet qu'après l'immatriculation, vérification faite par le juge de la régularité de la réalisation juridique. Au contraire, rien ne s'oppose à ce que la *réduc-*

(1) Voilà quelque chose comme la centralisation du service des soultes préconisée par THALLER dans sa note D. P. 1893, I, 105 (114). La vente doit se faire par un agent de change au cours officiel de la Bourse, ou, à défaut d'un cours officiel, aux enchères publiques, après l'accomplissement de certaines mesures de publicité.

tion soit juridiquement acquise dès l'immatriculation de la décision de l'Assemblée Générale, § 177. La réalisation, qui se fait par le jeu des sommations et annonces publiques auxquelles on vient de faire allusion dans le numéro précédent, doit être immatriculée, elle aussi, § 180, mais cette immatriculation n'a qu'un effet déclaratoire et, si la Direction et le Président du Conseil de Surveillance négligent de la solliciter, la seule sanction est une amende. Dans le bilan, le capital peut et doit être inscrit avec son chiffre nouveau, peu importe que la réalisation ait eu lieu ; il faut seulement que la résolution soit immatriculée, immatriculation qui se fait, il est vrai, assez souvent *un actu* avec celle de la réalisation, ainsi qu'il est permis par le § 180, al. 2 (1).

211. — Les intérêts des créanciers ne sont pris en considération que dans le troisième stade qui, en effet, est le seul dangereux. S'il s'agit d'une réduction ordinaire, destinée en règle générale à permettre une restitution ou une remise des apports ou leur transformation en réserves facultatives, les créanciers peuvent réclamer d'être garantis par des sûretés (2) ; lorsque le créancier a droit, en vertu de son contrat ou pour une autre raison, à être payé immédiatement, il garde naturellement ce droit qui jouit

(1) Pour être tout à fait exact, il faut dire: Le bilan doit accuser la réduction, si la délibération a été immatriculée pendant l'exercice qu'il concerne.

(2) L'a.l. 3 du § 178 stipule expressément que ce droit existe, même si aucun versement n'est fait aux actionnaires. C'est une innovation pour préciser que la seule voie pour éviter le règlement des créanciers est la réduction simplifiée. En revanche, le droit d'être garanti a été retiré aux créanciers « qui, en cas de faillite, ont un droit préférentiel sur un fonds de couverture constitué en vue de leur protection, conformément à une disposition légale et surveillée par l'Etat », § 178, al. 1, prop. 3. Cette règle vise p. ex. les créanciers d'une société assurances-vie, accidents ou maladie, qui jouissent, d'après la Loi sur la Surveillance des Entreprises privées d'Assurances, dans la faillite de la Société, d'un droit préférentiel sur les réserves mathématiques. L'expression « droit d'être garanti par des sûretés » (*Recht auf Sicherheitsleistung*) est un terme technique dont la signification est précisée dans les règles des §§ 232 à 240 C. c. allemand.

en outre de la même sanction que le droit des autres créanciers à une garantie ; cette sanction est la prohibition (dont la violation déclenche l'action directe du § 56, v. *supra*, n° 168, al. 3) et la nullité de tout versement et de toute remise faits avant la satisfaction des créanciers, § 178. Mais pour ne pas rendre pratiquement impossible la réduction du capital, l'exercice du droit d'être garanti est subordonné à un délai. Le Code de 1897 qui pour la première fois avait réglé cette question en introduisant des règles différentes de celles en matière de liquidation, avait été très préoccupé de la sauvegarde des créanciers et son § 289 fixait le délai à un an à partir de la dernière de trois sommations à effectuer par la Société dans les journaux de la Société, voire par lettre aux créanciers connus. La loi de 1937 a simplifié — peut-être un peu trop — la procédure. Désormais, il n'y a plus de sommations, mais seulement un avertissement inséré par le Tribunal dans la publication de l'immatriculation de la réduction ; le délai est de six mois et court à partir de cette publication, même si elle ne contient pas l'avertissement, § 178, al. 2. Après le délai, le droit d'être garanti est éteint, le droit éventuel d'être payé subsiste naturellement, mais le créancier n'a plus le droit d'attaquer les versements et remises faits aux actionnaires avant qu'il ait été payé (1).

212. — Pour écarter le droit des créanciers d'être garantis, l'Assemblée peut décider la réduction dans la forme simplifiée, pourvu que la réduction ait pour but de couvrir des pertes de tout genre ou d'augmenter la réserve légale, § 182 (2), et que toute la réserve légale, dans la mesure où elle dépasse les 10 % du capital *réduit*, et toute les réserves facultatives destinées à balancer des pertes quelconques aient été épuisées, § 183 (3). Les créanciers sont

(1) Toutefois, le créancier peut attaquer ces versements et remises, motif pris de ce qu'ils ont été faits sans qu'on ait réglé d'autres créanciers qui se sont déclarés en temps utile.

(2) L'augmentation de la réserve légale par voie de réduction simplifiée est limitée, par le § 186, à 10 % du capital nouveau.

(3) Une dispense ministérielle est possible de cette règle, § 183, al. 2.

protégés par les §§ 184, 185, 187, qui empêchent que la réduction ne soit détournée de son but. Les sommes provenant de la réduction et des réserves épuisées ne peuvent être employées qu'au but spécifié dans la délibération, § 184. Si on a surestimé les pertes et fait une réduction trop considérable, le bénéfice qui apparaît dès lors dans un bilan ultérieur doit être affecté à la réserve légale, s'il s'agit du bilan d'un exercice qui a commencé dans les deux années qui suivent la décision sur la réduction, § 185. Il n'est pas nécessaire d'employer les bénéfices réalisés dans les exercices qui suivent la réduction à reconstituer le gage des créanciers. C'est précisément pour ne pas être tenu de le faire qu'on a réduit le capital. Mais le § 187 interdit de distribuer des bénéfices avant le rétablissement complet de la réserve légale. Pour les exercices qui commencent dans les deux années après la réduction, le dividende ne peut dépasser 4 % (sauf dispense ministérielle). Mais la Société peut outrepasser à cette restriction à condition de régler les créanciers comme s'il s'agissait d'une réduction ordinaire, le délai de six mois court dans ce cas à partir de la publication du règlement de comptes annuel.

213. — Tout en facilitant la réduction par suite de pertes, le législateur allemand l'a entourée de sérieuses garanties pour les créanciers. A bon droit, il n'a pas été de l'avis de quelques auteurs français qui, tout en déclarant inopposables aux créanciers sociaux les remboursements ou décharges accordés à la suite d'une réduction du capital, ne voient aucun préjudice pour ces créanciers dans la réduction destinée à couvrir les pertes. Ces auteurs estiment que « si le bilan est correctement établi, dès l'instant où les actionnaires toucheront un dividende, l'actif comprendra les sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers ; ceux-ci ne subiront donc aucun préjudice du fait, qu'une fois la réduction opérée, les actionnaires pourront toucher, sous forme de dividendes, des sommes qui auraient dû servir à reconstituer le capital social » (1). Si ce raisonnement était juste, le principe de la fixité du

capital social serait inutile, et on pourrait permettre toujours de distribuer l'excédent de l'actif sur le passif réel. Les auteurs précités méconnaissent que la balance entre l'actif et le passif réel, même établie sans fraude dans les livres, s'avère souvent précaire en réalité et que c'est précisément pour cette raison que le législateur a prescrit l'inscription d'un passif fictif, savoir du capital social. Toute atteinte à cette marge de sécurité implique donc des risques incontestables pour les créanciers.

d) *La réduction rétroactive*

214. — La réduction simplifiée est destinée à balancer les pertes de l'exercice écoulé. Le § 188 permet d'en tenir compte dans le bilan de cet exercice, bien que, pendant cet exercice, le capital eût encore son chiffre ancien. Cette rétroactivité comptable dispense la société d'un bilan déficitaire (2). La réduction est dans ce cas intimement liée à l'établissement du bilan : celui-ci doit être approuvé par l'Assemblée Générale en même temps que la réduction (tandis qu'en règle générale, le bilan est arrêté par la Direction et le Conseil de Surveillance seuls, § 125) ; la validité des deux délibérations est subordonnée à l'immatri-culation de la réduction dans les trois mois ; ce délai a été imposé parce que, dans l'hypothèse envisagée, l'exactitude du bilan dépend de la régularité, encore incertaine, de la réduction et qu'on veut éclairer la situation aussi vite que possible, alors surtout que le règlement de comptes annuel ne peut naturellement être publié qu'après

(1) V. MARIA, *La Modification du Capital social*, thèse, Aix, 1913, p. 123 ; CANTENOT, *Réduction du Capital social*, thèse, Paris, 1934, p. 284 ; *contra* : HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 944, p. 112.

(2) V. la même technique lorsqu'il s'agit de la réserve légale, *supra*, n° 186, al. 2. Les tiers ne peuvent être induits en erreur, puisque le compte de profits et pertes doit indiquer la provenance des sommes qui ont comblé les pertes ainsi que les détails de leur emploi, § 190.

qu'il est définitivement établi, par l'immatriculation, que la réduction du capital a été régulière, § 191.

215. — Si à la réduction du capital est jointe une augmentation, celle-ci peut également être portée au bilan de l'exercice écoulé, de sorte que tout l'assainissement se présente dans ce bilan comme déjà réalisé. Mais le législateur allemand ne veut pas qu'on tienne compte dans le bilan d'une augmentation dont la réalisation est trop aléatoire ; il ne faut pas oublier ici qu'à la différence de la réduction, l'augmentation du capital ne prend effet qu'après qu'elle a été réalisée et que la réalisation a été immatriculée. C'est pourquoi l'augmentation doit se faire sans apports en nature, et la souscription intégrale ainsi que le versement du premier quart doivent être effectués au moment même de la délibération de l'Assemblée Générale et prouvés au juge ou notaire chargé du procès-verbal de l'Assemblée. La validité des trois délibérations (bilan, réduction, augmentation) est subordonnée à l'immatriculation, dans les trois mois, à la fois de la réduction, de l'augmentation et de la réalisation de cette dernière.

e) L'amortissement

216. — L'amortissement fut longtemps considéré comme un mode d'acquisition d'actions par la Société et, par conséquent, réglé dans le Code de commerce de 1897 au § 227, faisant suite au § 226 relatif au rachat par la Société de ses propres actions. En réalité, il s'agit d'un mode d'anéantissement d'actions, c'est-à-dire de réduction du capital, avec cette particularité que la réduction n'atteint pas tous les actionnaires, mais quelques-uns seulement qui, ou bien, doivent subir la perte de leurs droits (amortissement forcé) (1), ou bien, ont au préala-

(1) C'est très souvent le cas des titulaires d'actions de priorité, dont la Société peut se débarrasser de cette manière. Cette possibilité a été particulièrement favorisée par l'art. II du Décret du 21 décembre 1938 (v. *supra*, n° 100 et *infra*, n° 217, al. 4).

ble vendu leurs actions à la Société ou les lui ont laissées à titre gratuit (1). Le législateur de 1937 a donc transporté avec raison les règles sur l'amortissement dans le chapitre de la Loi relatif à la réduction du capital où il lui a consacré toute une sous-section (§§ 192-194). Le § 192 qui fixe les conditions de l'amortissement reprend, avec quelques modifications de détail, le § 227 C. com., tel qu'il avait été amendé par le Décret-Loi du 19 septembre 1931. Ce texte a fait l'objet de maintes critiques et les auteurs les plus qualifiés ont affirmé qu'il était « extrêmement difficile à comprendre » (2). La rédaction de 1937 est un peu mieux réussie, mais encore assez compliquée (six alinéas !). Sans aborder les nombreuses questions douteuses auxquelles ils donnent lieu, nous essaierons de mettre en lumière le système des §§ 192 ss.

217. — Le principe est simple : Application des règles sur la réduction ordinaire, § 192, al. 2.

Exceptions en faveur de l'amortissement d'actions libérées mises gratuitement à la disposition de la Société ou acquises à la charge des bénéfices nets ou des réserves facultatives (§ 192, al. 3) : la décision de l'Assemblée Générale peut être prise à la simple majorité des voix, à moins que les statuts ne fixent des conditions plus sévères (§ 192, al. 4), la protection des créanciers est assurée par l'affectation à la réserve légale d'une somme égale à la valeur nominale des actions amorties (§ 192, al. 5).

Règles particulières pour l'amortissement forcé : Il n'est possible que s'il a été soit permis, soit prescrit dans les statuts primitifs ou dans une modification des statuts décidée avant la souscription des actions à amortir, § 192, prop. 2, al. 1 (3). Si l'amortissement a été prescrit par les

(1) L'abandon gratuit de quelques actions par de gros actionnaires est fréquent en cas d'assainissement.

(2) V. FLECHTHEIM, § 227, note 4, p. 266 a. Le § 192 de la Loi de 1937 est ainsi critiqué par MM. GODIN et WILHELMI, p. 608 : « Mal ordonné et son enchevêtrement avec d'autres dispositions de la Loi est peu clair. »

(3) Cette règle importante a donné lieu à des controverses, surtout sur

statuts, une décision de l'Assemblée est dispensable et la Direction peut de sa propre initiative exécuter cette clause des statuts, § 192, al. 6.

L'art. II du Decret du 21 décembre 1938 a dispensé l'amortissement forcé des *actions à vote plural* de la règle du § 192, al. 1, prop. 2, de la nécessité d'une délibération de l'Assemblée prise à la majorité des voix (la majorité du capital prévue au § 175, al. 1 suffit), de même que de la nécessité de l'homologation de cette délibération par une délibération spéciale des différentes catégories d'actions ; dans certains cas, même de l'observation des règles protectrices des créanciers : il suffit d'affecter à la réserve légale les sommes provenant de l'amortissement, à condition que le montant nominal total des actions à vote plural dont l'amortissement est prévu pendant un délai de trois années n'excède pas le dixième du capital social total et que la rémunération y compris les mises abandonnées ne dépasse pas le montant nominal des actions amorties.

Quand la réduction par amortissement prend-elle effet ? La réduction ordinaire est effective, on l'a vu, dès l'immatriculation de la résolution de l'Assemblée, peu importe la réalisation. Ici, il en est autrement : L'immatriculation n'entraîne la réduction du capital que lorsqu'elle suit ou est suivie de l'amortissement proprement dit, § 193, prop. 1, qui s'opère par un « acte de la Société visant l'anéantissement des droits découlant d'actions déterminées ». Cette formule un peu obscure semble signifier pratiquement une déclaration aux actionnaires atteints ou une annonce publique prévue dans les statuts. S'il s'agit d'un amortissement forcé, prescrit par les statuts et décidé par la seule Direction, il n'existe pas de résolution de l'Assemblée Générale à immatriculer, et la réduction du capital est opérée sans immatriculation par le seul amortissement, § 193, prop. 2. L'immatriculation de la réalisation est

la question de savoir si et dans quelle mesure l'autorisation statutaire doit préciser le mode de détermination des actions à amortir (tirage au sort, plan d'amortissement, etc.) et la contre-prestation (remboursement au pair, avec prime, etc.).

requis même dans ce dernier cas, § 194, al. 1, mais purement déclaratoire.

§ 5. — La distribution du capital social

(DISSOLUTION ET LIQUIDATION DE LA SOCIÉTÉ)

a) Causes de dissolution

218. — La dissolution d'une société de capitaux se compose de plusieurs opérations qui forment un ensemble aussi délicat que la constitution. Le capital social soigneusement réuni et jalousement gardé sera distribué aux associés. La personne morale avec toute son organisation compliquée disparaîtra. Il ne s'agit pas d'une simple incidence dans la vie de la Société, c'est la fin même de cette vie. Vu l'importance de la matière, déjà le premier Code de commerce allemand en réglait d'une manière détaillée aussi bien les causes que la procédure. Les auteurs de ce Code n'avaient d'ailleurs pas la possibilité qu'avait le législateur français de se référer simplement aux dispositions du droit civil sur la dissolution et liquidation des sociétés, puisqu'en 1862 il n'existait pas encore un droit civil uniforme en Allemagne. Cette circonstance a eu l'heureuse conséquence que l'Allemagne fut ainsi dotée d'une législation plus appropriée que ne peuvent l'être les règles sur la société civile, règles qui ne conviennent pas toujours aux sociétés commerciales, en particulier aux sociétés anonymes. Cette législation a passé sans grande modification dans le Code de 1897 et de là dans la loi de 1937 où elle occupe les §§ 203-215.

219. — Le § 203 énumère quatre raisons de dissolution : 1° l'expiration de la durée statutaire ; 2° une décision de l'Assemblée Générale prise à la majorité des trois quarts du capital représenté (les statuts peuvent prescrire une majorité plus grande et d'autres conditions plus sévères) ;

3° l'ouverture de la faillite (1) ; 4° le rejet de la demande en mise en faillite pour insuffisance d'actif (2). Cette énumération n'est pas complète. L'al. 2 du § 203 prescrit l'application des §§ 204-214 à la dissolution pour d'autres raisons. La Loi même prévoit deux de ces « autres raisons » : la nullité (qui n'est en vérité qu'une dissolution forcée, v. *supra* n° 154) et la dissolution par ordre du Tribunal économique de l'Empire (dont nous parlerons à la fin de ce livre). En outre, le § 2 de la Loi sur la Radiation du 9 octobre 1934 a réglé la dissolution par voie de radiation d'office des sociétés sans actif (v. *supra* n° 59 et *infra* n° 231). L'opinion dominante interdit cependant de multiplier les raisons de dissolution par des clauses statutaires (3) ; il est surtout impossible de donner aux actionnaires individuels le droit de provoquer la dissolution ou de la demander en justice pour des motifs graves, tel que le possèdent les actionnaires français en vertu de l'art. 1871 C. c.

220. — Les art. 37 et 38 de la Loi de 1867 prévoient deux cas où tout intéressé « peut demander la dissolution » : d'abord en cas de perte des trois quarts du capital social, à défaut par les administrateurs de réunir l'Assemblée Générale, ainsi que dans le cas où cette Assemblée n'aurait pu se constituer (art. 37). En Allemagne aussi, la Direction est tenue de provoquer la réunion de l'Assemblée Générale « lorsqu'il apparaît lors de l'établissement du bilan annuel ou d'un bilan intermédiaire ou qu'il faut présumer d'après une appréciation consciencieuse des circonstances que la

(1) En France, la faillite ne met pas fin à la Société: Req., 4 février 1896, D. P. 1897, I, 217.

(2) C'est une innovation de la Loi du 9 octobre 1934, nous en parlerons plus loin.

(3) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 203, notes 2 et 6, pp. 857-58. Pour les banques, le § 7 de la Loi du 5 décembre 1934 sur les Entreprises de Crédit stipule que le retrait de l'autorisation vaut dissolution ; en général, les sociétés soumises à une autorisation ne sont pas dissoutes par le retrait de l'autorisation, elles doivent seulement changer d'objet ou décider la dissolution.

moitié (la quotité est donc plus petite qu'en France) du capital social a été perdue, § 83, al. 1. Mais cette Assemblée n'est en principe destinée qu'à recevoir l'information de la part de la Direction. Elle peut statuer sur les mesures nécessaires (réduction du capital, dissolution, etc.), pourvu que la délibération ait été annoncée à l'ordre du jour. Mais si elle ne fait rien, aucun actionnaire ne peut s'adresser à la justice, et l'inobservation du § 83, al. 1 par les directeurs entraîne d'ailleurs uniquement leur responsabilité civile envers la Société, ses actionnaires et ses créanciers, selon le § 84 de la Loi et le § 823, al. 2, C. c. (quasi-délit), et leur responsabilité pénale d'après le § 297, n° 2 de la Loi, qui punit de prison jusqu'à trois mois toute négligence dans l'observation du § 83 (1).

221. — La réduction du nombre des associés à moins de sept (§ 38 de la Loi française) n'a aucun effet en Allemagne. Même la réunion de toutes les actions entre les mains d'une seule personne ne vaut pas dissolution. On a beaucoup attaqué « la société d'une seule personne » (*Einmannengesellschaft*) (2). Les Motifs officiels la défendent ainsi:

« A première vue, il ne semble pas justifié qu'il soit permis à un individu de ne pas assumer le risque complet de ses affaires et de s'assurer la responsabilité limitée avec l'actif d'une société dont il a acquis toutes les actions. Cela semble contraire au principe de la suppression de l'anonymat dans l'économie et à l'accentuation de la responsabilité réclamée à bon droit. Toutefois, il faut relever qu'il y a des cas où une telle limitation de la responsabilité paraît légitime. En outre, les abus qui ont donné lieu aux vœux tendant à l'abolition de la « société d'une personne » ont été commis sur-

(1) Les membres du Conseil de Surveillance sont, eux aussi, civilement responsables s'ils ont négligé leur devoir de surveillance, § 99 de la Loi.

(2) Dans la doctrine récente une réaction en faveur de la société d'une personne se fait cependant sentir, v. BAUMBACH, Annexe au § 214 (analyse brève, mais approfondie, où la responsabilité limitée de l'actionnaire unique est justifiée par la séparation en droit et en fait des patrimoines), VON KNIERIEM, *DR* 1938, 226, qui remarque avec raison qu'une prohibition reste lettre morte si elle ne vise que les sociétés où toutes les parts sans exception appartiennent à la même personne et qu'une extension aux sociétés pratiquement dominées par une seule personne crée de l'insécurité et lèse des intérêts légitimes, alors surtout que le seul associé est lui-même une personne morale ; cf. aussi P. FISCHER, *AkZ* 1938, 548.

tout par les petites sociétés, le plus souvent par des sociétés à responsabilité limitée. Par le relèvement du taux nominal du capital social à 500.000 RM, les dangers de la société d'une personne semblent être suffisamment restreints, en ce qui concerne les sociétés par actions ».

Les abus visés dans ce passage sont d'ailleurs efficacement combattus par la jurisprudence qui ne ferme pas les yeux devant la disharmonie entre la réalité et la forme juridique et devant les fraudes auxquelles elle peut donner lieu (1).

222. — La Direction doit déclarer la dissolution aux fins d'immatriculation, § 204. L'immatriculation est cependant faite d'office, en cas de faillite (§ 204, prop. 2 de la Loi, § 32 C. com.), de rejet de la demande en mise en faillite pour insuffisance d'actif (§ 204, prop. 2 de la Loi, § 1 de la Loi du 9 octobre 1934), de la radiation d'office à cause de nullité (§ 216, al. 3 de la Loi) ou à cause d'absence d'actif (radiation d'office du § 2 de la Loi du 9 octobre 1934), enfin en cas de dissolution par décision du Tribunal économique de l'Empire (§ 290). En règle générale, l'immatriculation n'a qu'un effet déclaratoire et de publicité. Il en est autrement lorsque la dissolution est la suite d'une résolution de l'Assemblée Générale modifiant les statuts (parce que les statuts prévoyaient une durée déterminée), § 148, al. 3, en cas de nullité, § 218, al. 1 et dans l'hypothèse du § 2 de la Loi du 9 octobre 1934.

b) Effets de la dissolution

223. — Quel est l'effet de la dissolution ? Voilà une question qui fut longtemps l'objet de controverses subtiles en

et lèse des intérêts légitimes, alors surtout que le seul associé est lui-même

(1) V. p. ex. Trib. d'Emp., 16 octobre 1937, *DJ* 1938, 601, note FRIEDRICH. La différence entre la loi allemande et la loi française est en réalité d'autant plus réduite que la Cour de Cassation (Ch. sociale), a statué le 3 décembre 1938, Société des Chaussures d'Elite, que, si une Société peut, à raison de la réunion de tous les titres entre les mains d'une seule personne, être considérée comme dissoute, c'est à la condition que cette

Allemagne (1) et l'est encore en France où la formule de la « survie de la personne morale pour les besoins de la liquidation » prête à toutes sortes de discussions (2). En Allemagne, il est à l'heure actuelle acquis que la dissolution n'entraîne que les conséquences suivantes : La Société entre de plein droit en liquidation, § 205. Il en est ainsi, même si elle a été mise en faillite ; le texte du § 205 dit le contraire, mais le commentaire officiel l'interprète avec raison en ce sens que les règles de la faillite se superposent seulement aux règles de la liquidation (3). En cas de radiation pour inexistence d'actif (§ 2, Loi du 9 octobre 1934), la liquidation n'a pas lieu, mais seulement parce que et lorsqu'il n'y a rien à liquider (v. *infra* n° 231). L'état de liquidation comporte plusieurs changements dans la vie de la Société. La capacité de la Société se restreint aux actes de liquidation précisés dans le § 209, al. 1 : Finir les affaires en cours (à cette fin, la conclusion d'affaires nouvelles est permise), recouvrer les créances, réaliser l'actif de la Société, payer les créanciers. Dans la Loi, cette restriction de la capacité a la forme d'une restriction des pouvoirs des liquidateurs, § 210, al. 1 ; mais il s'agit d'une vraie restriction de la capacité de la Société, puisque même l'Assemblée Générale ne peut permettre aux liquidateurs de dépasser ce cadre. De même qu'en France, jurisprudence et doctrine sont d'ailleurs d'accord pour protéger les tiers qui contractent avec la Société et ne peuvent savoir si un acte est nécessaire à la liquidation ou non ; pour avertir ces tiers, la loi allemande prescrit non seulement l'immatriculation de la dissolution au registre du commerce, mais aussi que la signature des liquidateurs fasse connaître l'état de la Société par l'adjonction à la raison sociale d'une

personne ait acquis pour son compte personnel la totalité des actions. (*Gaz. Pal.* du 14 janvier 1939).

(1) V. les références de droit allemand et de droit italien dans R. GOLDSCHMIDT, *Estinzione e nullità delle Società commerciali*, Temi Emiliani, 1938 (tirage à part, p. 5).

(2) V. BASTIAN, *La Survie*, etc., *J. Soc.*, 1937, I ss. et 65 ss.

(3) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 203, note 18 ; sur la faillite, v. *infra*, n° 229.

mention telle que « en liquidation », § 200, al. 3. Dans la liquidation, la Société n'a plus de « procuriste », § 210, al. 5. Les bénéfices ne sont plus distribuables, ni aux actionnaires, à titre de dividende, ni aux directeurs ou membres du Conseil de surveillance, à titre de tantièmes.

224. — Les directeurs deviennent de plein droit liquidateurs, à moins que les statuts ou même une décision de l'Assemblée Générale prise à la simple majorité des voix n'en disposent autrement. Dans le cadre restreint de la liquidation, les prérogatives et devoirs des liquidateurs sont presque les mêmes que ceux des directeurs. Cependant, ils peuvent être destitués *ad nutum*, sans préjudice du droit à une indemnité en vertu de leur contrat, par l'Assemblée Générale, voire, pour des raisons graves, par le juge du registre du commerce à la demande du Conseil de Surveillance ou d'actionnaires représentant un vingtième du capital social. Dans les mêmes conditions, le juge peut aussi nommer des liquidateurs qui, naturellement, sont irrévocables par l'Assemblée Générale, § 206, al. 2. L'idée d'après laquelle, dans la liquidation, les pouvoirs des gérants peuvent et doivent être restreints au profit des actionnaires se retrouve encore dans le § 212 : Le bilan d'ouverture de la liquidation, ainsi que les règlements de compte annuels doivent être arrêtés par l'Assemblée Générale (1).

225. — Mais à part ces modifications, certes importantes, du fonctionnement de la Société, sa structure reste intacte. Autrement que l'opinion dominante en France, la loi allemande permet par conséquent à une société dissoute de demander le bénéfice du règlement amiable homologué (procédure du concordat préventif de la faillite), § 209, al. 2, et d'obtenir le concordat dans la faillite. La Société peut même être retransformée dans une société active. Précisant et modifiant sur ce point la jurisprudence qui

(1) Les règles sur l'évaluation, l'articulation et le contrôle sont inapplicables, § 211, al. 3. Mais le Tribunal peut ordonner un contrôle pour des raisons graves.

s'était développée sous le régime du § 307, C. com., le § 215 de la Loi exige à cet effet une résolution de l'Assemblée Générale prise à la majorité des trois quarts du capital représenté (à moins que les statuts ne fixent une majorité supérieure ou d'autres conditions plus rigoureuses). Cette décision est subordonnée aux conditions suivantes: La dissolution doit être la conséquence d'une résolution de l'Assemblée Générale, de l'expiration de la durée statutaire ou d'une faillite close par un concordat (1), ou sur la demande de la Société (avec le consentement des créanciers conformément au § 202, Loi sur la faillite). On comprend aisément que la résurrection n'est pas possible dans les autres cas: Insuffisance ou inexistence d'actif, nullité, dissolution par ordre du Tribunal économique de l'Empire (2). En outre, la Loi interdit de ressusciter la Société après qu'on a commencé la distribution de l'actif, alors même que tous les actionnaires sont disposés à restituer les sommes reçues. Pour assurer le respect de cette règle, la décision de l'Assemblée ne prend effet qu'avec l'immatriculation au registre du commerce, immatriculation que les liquidateurs ne peuvent obtenir qu'en apportant la preuve que l'actif net est encore entre leurs mains.

c) Liquidation et partage, fin de la Société

226. — La liquidation d'une société par actions est une opération autrement grave que celle d'une société de personnes. La Société une fois disparue, les créanciers non réglés risquent d'être définitivement frustrés. La protection des créanciers est donc le but principal des règles par-

(1) En France, la faillite ne dissout pas la Société; mais si la faillite est close par l'union des créanciers, la Société devra se dissoudre faute d'actif; en Allemagne, la faillite vaut dissolution, mais le concordat permet de ranimer la Société; la différence n'est pas grande.

(2) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 215, note 9, admettant cependant une application analogue du § 215 en cas de dissolution par ordre du Tribunal économique de l'Empire (avec l'agrément du Tribunal), de radiation d'office (avec l'agrément du juge), ou de nullité (si la nullité a pu être couverte après son immatriculation).

ticulières sur la liquidation des sociétés par actions. La distribution de l'actif n'est licite qu'après le règlement des dettes ; les créanciers qui ne se présentent pas, dont la créance n'est pas encore échue, ou que la Société ne peut pas encore régler pour une autre raison, ou dont la créance est litigieuse, doivent être garantis par des sûretés (si le contrat avec le créancier ou une disposition légale donnent à la Société le droit de consigner la somme due, la consignation suffit), §§ 212, 213, al. 1, 2, 3.

Mais les liquidateurs peuvent ignorer quelques créanciers. Pour leur faciliter la tâche et pour prévenir les créanciers, le § 208 oblige les liquidateurs à sommer les créanciers de la Société de faire valoir leurs droits, en insérant trois annonces successives dans les journaux de la Société. A partir de la troisième sommation, court un délai d'un an. Passé ce délai, la distribution est permise sans égard aux créanciers inconnus, qui, s'ils se présentent après le commencement de la distribution, ne peuvent attaquer les paiements effectués et doivent se contenter de l'actif non encore distribué, s'il y en a. En revanche, l'inobservation de ces règles, et en particulier du délai, n'engage pas seulement la responsabilité du liquidateur et des Conseillers de Surveillance vis-à-vis de la Société et envers les créanciers, mais aussi la responsabilité personnelle et solidaire des actionnaires, même de bonne foi, d'après le § 56, jusqu'à concurrence des sommes qu'ils ont touchées.

227. — L'actif qui reste après le règlement des créances sera partagé par les liquidateurs parmi les actionnaires. Plusieurs controverses, mais qui occupent rarement les tribunaux, subsistent ici. Les règles sur le partage ne sont pas d'ordre public, les statuts peuvent y déroger, et les statuts originaux peuvent même prévoir que, lors de la dissolution, tout l'actif sera dévolu à un tiers. Mais est-il également possible de détruire le droit des actionnaires, ou de quelques actionnaires, au reliquat de la liquidation,

par une modification des statuts sans le consentement individuel des actionnaires lésés ? (1) Une autre question délicate est de savoir à quel moment le droit de l'actionnaire devient une créance contre la Société, définitivement soustraite aux décisions des liquidateurs et de l'Assemblée Générale (sauf celles qui mettent fin à la liquidation même : retransformation en une société active, fusion, transfert de l'actif moyennant finance à l'Etat ou à une association d'assurances mutuelles); et donnant lieu à une action en justice. On retrouvera des questions semblables à propos du droit aux bénéfices. Une dernière question concerne l'objet du droit des actionnaires : partage en nature ou en argent ? A défaut d'une clause statutaire contraire, les actionnaires ont droit à recevoir de l'argent, mais l'Assemblée Générale peut-elle imposer un partage en nature ? La Loi de 1937 ne s'est pas occupée de toutes ces questions, en réalité plutôt théoriques que pratiques ; elle s'est bornée, dans le § 212, à répéter le § 300 C. com., qui ne règle que le barème de répartition : s'il n'y a pas d'actions privilégiées, la répartition se fait d'après le montant nominal ; si les actions n'ont pas été libérées toutes dans la même proportion, on restitue d'abord les mises (ou la valeur nominale des apports en nature) ; si l'actif ne suffit pas pour rembourser les mises, la perte doit être subie proportionnellement par tous selon le montant nominal des actions.

228. — Après la distribution de l'actif, les liquidateurs rendent compte à l'Assemblée Générale de l'accomplissement de leur mission. Après le *quitus*, ils ont un dernier devoir (2) : notifier la fin de la liquidation au Registre du

(1) Par arrêt du 16 septembre 1937, la Cour de Berlin a approuvé le refus d'un juge du Registre du Commerce d'immatriculer une modification des Statuts excluant de la distribution de l'actif tout actionnaire qui ne se présenterait pas dans le délai d'un an, cette clause constituant une atteinte à un droit propre des actionnaires, *JW* 1937, 2979, n° 24.

(2) C'est un des cas où le juge peut contraindre à l'observation d'une loi par des amendes commerciales, § 14 C. com.; mais le juge peut aussi rayer d'office la Société en vertu du § 2, L. 9 octobre 1934, puisque, à ce moment, la Société est sans actif.

commerce, Le juge l'inscrit au Registre et raye la Société. Dans le moment où il signe la radiation, la Société, qui, jusque-là, avait gardé sa personnalité morale aussi bien à l'égard des actionnaires qu'à l'égard des tiers, cesse d'exister. Cette solution, contestée sous le régime du § 302 C. com., résulte désormais du texte du § 214, al. 1 de la Loi et de son interprétation authentique par les Motifs officiels. Mais si on ne peut plus soutenir que la Société s'éteint dès la distribution complète de son actif sans qu'il y ait besoin d'une immatriculation, il reste vrai que la seule immatriculation ne fait pas disparaître la Société lorsqu'en réalité la liquidation n'est pas encore achevée et qu'en particulier des éléments d'actifs existent encore qui appartiennent à la Société. Tout intéressé qui découvre un tel actif — consisterait-il en une simple créance en dommages-intérêts contre un liquidateur — peut s'adresser au juge du Registre du commerce, qui rouvre la liquidation en nommant un liquidateur, § 214, al. 4 (1). La fonction des anciens liquidateurs, de même que celle des autres organes de la Société, s'est définitivement éteinte par la radiation. Les intérêts de la Société ne sont représentés, jusqu'à la réouverture éventuelle de la liquidation, que par le Tribunal. C'est le Tribunal qui fixe par conséquent le lieu (banque, société fiduciaire, etc.) où doivent être déposés les livres et écrits de la Société éteinte, pendant le délai de dix ans prévu par le § 214, al. 2, et c'est le Tribunal qui permet d'en prendre communication et copie aux actionnaires et aux créanciers intéressés, § 214, al. 3, qui, par exemple, veulent s'assurer que vraiment l'actif de la Société a été régulièrement et complètement distribué.

(1) Le requérant devra, en règle générale, avancer les frais s'il ne trouve pas une personne acceptable prête à devenir liquidateur en renonçant à tout recours contre le fisc. Cette difficulté technique et d'autres sont amplement traitées dans SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 214, note 19.

d) *Quelques remarques sur la faillite
et sur la radiation d'office*

229. — La liquidation de la Société prend une forme spéciale en cas de faillite. Il est impossible d'exposer ici le droit allemand de la faillite des sociétés par actions. Cette matière ne peut être comprise sans les règles sur la faillite en général, profondément différentes de celles du droit français. Du point de vue du droit des sociétés, il suffit de noter les points suivants :

La faillite peut être demandée par tout créancier, directeur ou liquidateur (§ 208, Loi sur la Faillite) au tribunal cantonal du siège (§ 71, Loi sur la Faillite), non seulement en cas d'insolvabilité (incapacité de payer, *Zahlungsunfähigkeit*), mais aussi lorsque l'actif de la Société ne couvre plus les dettes (*Überschuldung*), § 207, Loi sur la Faillite (1). Si une de ces situations existe, les directeurs et liquidateurs sont même obligés de demander sans demeure l'ouverture de la faillite, au plus tard dans les trois semaines (pour les liquidateurs : 10 jours), §§ 83, al. 2, et 209, al. 2, sous peine d'engager leur responsabilité civile à l'égard de la Société, ses actionnaires et ses créanciers, § 84 de la Loi, § 823 C. civ., et leur responsabilité pénale (prison), § 297, n^{os} 2 et 3. La Direction ou les liquidateurs peuvent demander, au lieu de l'ouverture de la faillite, le bénéfice de la procédure du concordat préventif réglée par la Loi du 26 février 1935. Cette procédure nécessite des actes préparatoires extrajudiciaires comparables à ceux prescrits en France par le décret-loi du 25 août 1937 sur le règlement amiable homologué ; pour cette raison, le § 83, al. 2, prop. 3 (pour les liquidateurs, le § 209, al. 2, prop. 3) relève les directeurs de toute responsabilité s'ils

(1) Cette seconde raison de faillite est particulière aux sociétés de capitaux. Le législateur allemand ne veut pas que ces sociétés subsistent après avoir perdu tout leur capital et une partie de l'argent de leurs créanciers, même si elles arrivent à se procurer toujours assez d'argent pour régler les dettes échues et à éviter ainsi l'insolvabilité et la cessation des paiements.

procèdent à ces actes « avec les soins d'un directeur bon et consciencieux ». Au moment où la décision d'ouverture de la faillite est signée, la Société est en faillite et dissoute. Les tiers qui l'ignorent ne sont pas protégés, la faillite leur étant opposable avant même qu'elle ne soit immatriculée d'office au Registre du commerce, § 32 C. com., et avant que la publication prévue dans le § 111 de la Loi sur la Faillite ait été effectuée. Le syndic se substitue aux organes de la Société en ce qui concerne l'administration et la disposition des biens de la masse. La Loi sur les sociétés par actions lui confère en outre l'exercice des droits des créanciers contre les directeurs, liquidateurs, Conseillers de Surveillance qui ont commis des fautes lourdes (§§ 84, al. 5, 209, al. 3, 99), contre les personnes qui ont instigué, par un abus d'influence, les administrateurs à agir au détriment de la Société, ainsi que contre les autres personnes visées au § 101 (v. *supra*, n° 118) ; enfin contre les actionnaires ayant reçu des versements illicites, § 56, al. 2. Après la clôture de la faillite, la liquidation poursuit sa marche ordinaire.

230. — Une des différences principales entre le droit allemand et le droit français est que l'insuffisance d'actif justifie en Allemagne le rejet de la demande en ouverture de la faillite et, si la faillite a déjà été ouverte, la clôture définitive (§§ 107, 204, Loi sur la Faillite). Si donc le demandeur n'avance pas une somme suffisante pour couvrir les frais, le débiteur garde ou récupère sa capacité entière. Sous le régime du Code de commerce, une société pouvait donc subsister, encore que le Tribunal eût constaté que son actif ne serait même pas suffisant pour couvrir les frais d'une faillite. Cet état de choses a été changé par le § 1 de la Loi du 9 octobre 1934, sur la dissolution et la radiation de sociétés et coopératives. Ce paragraphe a édicté la dissolution à la suite d'une décision définitive rejetant la demande en ouverture de la faillite pour insuffisance d'actif. Cette disposition est devenue le § 203, al. 1, n° 4, de la Loi de 1937. Mais les règles de procédure dudit

§ 1 sont restées valables, en particulier celle qui — conséquence logique de la réforme — permet, non seulement au demandeur, mais aussi à la Société, d'attaquer, par voie de recours, la décision du juge cantonal refusant pour cette raison l'ouverture de la faillite. La dissolution a les effets ordinaires, mais ici, de même qu'après une faillite close après l'union des créanciers, le juge du Registre pourra souvent appliquer la radiation d'office pour inexistence d'actif, du § 2 de la Loi précitée du 9 octobre 1934.

231. — Cette radiation d'office n'a pas été insérée dans la Loi de 1937. A la différence du § 1, le § 2 remonte à une jurisprudence qui avait décidé qu'une société s'éteint de plein droit par la cessation de toute activité après la perte complète de son actif (271). La Loi de 1934 a précisé cette jurisprudence en déclarant qu'une société de capitaux sans actif peut être rayée du Registre du commerce, soit à la requête de la Chambre de Commerce ou de l'autorité fiscale, soit d'office, la Chambre de Commerce entendue. Avant de rayer la Société, le Tribunal doit avertir les représentants légaux de celle-ci, lorsqu'il en existe et qu'ils sont connus, et leur impartir un délai pour faire opposition. En tout cas, le Tribunal peut, sans y être obligé, faire l'avertissement en outre dans les journaux destinés à recevoir les annonces des immatriculations au Registre du commerce et dans d'autres journaux. Si le Tribunal fait usage de cette possibilité, tout intéressé peut faire opposition. Contre la décision du Tribunal rejetant l'opposition, pendant deux semaines le recours est ouvert au Tribunal régional, et de là, pour violation de la loi, le recours ultérieur au Tribunal régional supérieur. La radiation n'a lieu qu'après que le rejet de l'opposition a force de chose jugée. Elle vaut dissolution; mais une liquidation n'a lieu que si, contrairement à ce qu'on a

(1) V. les références dans les arrêts du Trib. d'Emp. des 12 nov. 1935, *RGZ* 149, 293 (296); 27 avril 1937, *RGZ* 155, 42 (43-44). V. en France l'art. 1865, 2°, C. c.; Extinction de la chose, c'est-à-dire perte du fonds commun.

supposé, on trouve après coup des biens appartenant à la Société. La procédure est la même qu'après la radiation d'une société à la suite d'une liquidation.

Bien que la Loi de 1937 ne mentionne pas le § 2 de la Loi de 1934, celui-ci a changé de sens du fait de la nouvelle rédaction du § 214 al. 1 dont nous venons de parler sous le n° 228. Sous le régime du § 302 C. com., l'opinion dominante considérait comme fin de la Société le moment où tout l'actif avait été distribué; l'immatriculation n'avait qu'un rôle déclaratoire. Désormais, la Société subsiste jusqu'à la radiation. Le même principe doit s'appliquer dans l'hypothèse du § 2 de la Loi de 1934. L'absence d'actif n'entraîne plus de plein droit la disparition de la Société. Soit qu'elle résulte d'une liquidation, soit qu'elle découle d'autres circonstances, ce n'est pas cette absence d'actif à elle seule qui fait disparaître la Société de la vie juridique, mais uniquement l'absence entérinée par une radiation.

§ 6. — La fusion

a) Histoire

232. — Tandis que la loi française a laissé à la doctrine et à la jurisprudence la charge d'élaborer les règles sur la fusion des sociétés, le Code de commerce allemand contenait les germes d'une réglementation dans ses §§ 305 et 306. Mais ces dispositions étaient tout à fait insuffisantes, le législateur de 1897 n'ayant pu prévoir les problèmes qui surgiraient dans le grand mouvement de concentration économique d'après guerre. La seule question réglée en détail, celle de la protection des créanciers, s'avéra précisément peu importante. L'application des principes sévères du droit de la liquidation (administration séparée des biens de la Société absorbée jusqu'à l'expiration du délai d'un an à partir de la troisième sommation des créanciers et jusqu'à l'apurement des dettes connues), prescrite par le § 306, ne fut jamais pratique, comme c'est souvent le

cas des lois trop rigides. Les projets de 1930 et 1931 avaient construit une législation moderne et complète, qui a été insérée avec quelques retouches dans la Loi de 1937.

233. — La nouvelle réglementation ne permet pas seulement la fusion entre sociétés par actions ou en commandite par actions, mais aussi la fusion d'une société par actions avec une société en commandite par actions, et inversement, voire d'une société à responsabilité limitée ou d'une société minière (forme de société réglée par la législation des pays) avec une société par actions ou en commandite par actions. Pour cette raison, les rédacteurs des projets et de la Loi ont transporté la matière, du chapitre de la Dissolution, dans un livre spécial (le 3^e), où elle figure à côté de la Transformation. La fusion proprement dite en forme la première partie, divisée en quatre sections avec 20 paragraphes (§§ 233-252) (1). Il n'en est pas moins vrai que la fusion en droit allemand, de même qu'en droit français, est une forme spéciale de la dissolution, savoir la dissolution par apport de l'actif et du passif en bloc et sans liquidation à une autre société par actions ou à une société en commandite par actions, moyennant l'octroi d'actions de la société absorbante. Le transfert en bloc et sans liquidation est l'avantage de la fusion, l'octroi d'actions est la condition à laquelle la loi subordonne cet avantage (2).

La fusion est une opération délicate. Le règlement légal laisse encore subsister des doutes, il en provoque même de nouveaux à force d'être minutieux. Une étude approfondie et une comparaison avec les solutions de la jurisprudence et de la doctrine françaises dépasseraient le cadre de cet

(1) En réalité, seule la première section (§§ 233 à 247), sur la fusion de sociétés par actions, contient des prescriptions intéressantes, les autres déclarent seulement applicables, avec quelques modifications, les règles de la première section aux autres genres de fusions.

(2) La loi allemande est très sévère sur ce point: aucun paiement en argent n'est permis, même à titre de soulte, qui dépasse le dixième de la valeur nominale des actions de la société absorbante données en échange, § 238, al. 2.

ouvrage et ne sauraient d'ailleurs être entreprises avant quelques années d'application pratique de la nouvelle législation allemande. Ici on se bornera à une tentative pour dégager, des textes arides et complexes, un exposé des idées directrices.

b) Préparation et réalisation

234. — De même qu'en France (v. l'allusion au 3 §, al. 3, L. 1867), il y a en Allemagne la fusion par absorption et la fusion par constitution d'une société nouvelle, § 233. Cette dernière implique naturellement elle aussi une absorption, savoir des deux sociétés anciennes par la société nouvelle. Les règles sur la fusion par absorption sont donc, dans une large mesure, déclarées applicables par analogie, § 247, al. 1, sauf quelques particularités, dont nous parlerons plus loin (n° 241).

235. — La fusion met donc en jeu au moins deux sociétés et elle entraîne l'extinction d'au moins une d'elles. La fusion nécessite par conséquent, d'une part, un contrat entre les deux sociétés, d'autre part, une décision de l'Assemblée Générale de la société absorbée et, en règle générale, aussi de la société absorbante. Il y a donc un enchevêtrement compliqué entre la vie sociale interne des sociétés et leurs rapports extérieurs réciproques, d'où la question de savoir dans quelle mesure la Direction, qui seule représente la Société vis-à-vis des tiers, est liée ici aux décisions de l'Assemblée Générale. Une chose est certaine : le contrat de fusion n'a pas d'effet s'il n'a pas été autorisé ou ratifié par les Assemblées des deux Sociétés, à la majorité des trois quarts au moins du capital représenté, § 234) (1).

(1) Une décision de l'Assemblée de la société absorbante est requise, même si celle-ci n'augmente pas son capital. Mais elle n'est pas nécessaire si les actions à octroyer ne dépassent pas 1/10^e de son capital. Si la société absorbante augmente son capital, le 1/10^e est calculé sur le capital augmenté, et si, dans ce cas, le montant des actions à octroyer est inférieur, l'Assemblée statue seulement sur l'augmentation et non pas sur la

Le rapport extérieur est donc subordonné aux exigences de la vie intérieure. En revanche, le § 235, al. 3, déclare sans effet vis-à-vis de l'autre partie contractante une décision de l'Assemblée d'une des sociétés, lorsque cette décision est contraire au contrat une fois dûment approuvé. Mais la question n'a pas été réglée de savoir si le vote de l'Assemblée en faveur de la fusion oblige la Direction à conclure le contrat et à l'exécuter, encore que la résiliation soit permise d'après les principes du droit civil (par exemple pour raison grave) ou par le § 235, al. 2 de la Loi dont nous parlerons tout de suite. Sous le régime du Code de commerce, on soutenait en effet que la Direction joue, lors de la fusion, un rôle aussi subordonné que lors d'une augmentation du capital ordinaire ; l'Assemblée Générale n'autorise pas seulement la fusion, elle la décrète, et, par conséquent, c'est elle seule qui a qualité pour la résilier le cas échéant (1). Mais la Loi de 1937 rend les administrateurs responsables des dommages subis par la fusion, §§ 243, 245, et leur donne en général une situation plus indépendante vis-à-vis de l'Assemblée Générale. L'opinion contraire semble donc s'imposer sous la nouvelle Loi (2).

236. — La Loi est muette sur le contenu des délibérations et du contrat. Quant à la forme, le § 235, al. 1 prescrit que

fusion. En tout cas, l'Assemblée de la société absorbante peut statuer sur la fusion d'après les règles — peut-être moins sévères d'après les statuts — sur l'augmentation du capital, § 234, al. 1, prop. 2, et al. 2. En cas d'augmentation du capital, la société absorbante n'est liée que lorsque l'augmentation a été immatriculée, cela résulte des §§ 154, al. 2 ; 145, al. 3 (v. *supra*, n° 199 *in fine*).

(1) V. Trib. d'Emp., 14 déc. 1937, *JW* 1938, 748, n° 12.

(2) Cf. von GODIN, *JW* 1938, 1146 ss., qui va cependant trop loin en suggérant la même solution pour l'augmentation et la réduction du capital, mesures purement internes dévolues uniquement à l'Assemblée Générale. Aussi, la comparaison avec le § 174 (obligations convertibles, etc.) n'est pas heureuse. L'émission de ces titres est valable même sans délibération de l'Assemblée ; cette délibération n'est naturellement qu'une autorisation. En matière de fusion, c'est beaucoup plus douteux en raison du caractère hybride de cette opération, qui est à la fois un contrat de droit civil et une mesure sociale touchant à l'existence même de la

le contrat doit être authentique. Ce n'est qu'une répétition du § 311 C. civ., qui exige un acte judiciaire ou notarié pour tout contrat qui engage une des parties à transférer ou à grever d'un usufruit son patrimoine actuel ou une quote-part de ce patrimoine. Mais la proposition 2 du § 235 introduit une exception aux règles du Code civil, en permettant la fusion à terme. Cette fusion tomba jusqu'ici sous le coup du § 310 C. civ. déclarant nul tout contrat engageant une des parties à transférer ou à grever d'un usufruit son patrimoine futur ou une quote-part de ce patrimoine. Une réforme était d'autant plus nécessaire que, pratiquement, tout contrat de fusion est à terme, la réalisation n'étant possible que dans un certain temps. Pour assouplir les contrats à trop longue échéance, l'al. 2 du § 235 permet à chaque partie de réaliser le contrat après dix ans, avec un préavis de six mois, à chaque fin d'exercice de l'autre société.

Lorsque le contrat a été conclu dans les deux ans qui suivent l'immatriculation de la société absorbante, moyennant des actions dont la valeur nominale dépasse le $1/10^e$ de son capital social, il représente une constitution subséquente soumise aux règles de contrôle et de publicité du § 45 (v. *supra* n° 146). Le § 236 accorde cependant quelques facilités : le $1/10^e$ est calculé, en cas d'augmentation du capital, d'après le capital augmenté ; les règles de majorité de l'al. 4 du § 45 ne s'appliquent pas, il suffit de la majorité requise pour une fusion ordinaire.

237. — En plus du contrat approuvé par l'Assemblée Générale, la fusion nécessite, en règle générale, une augmentation du capital de la société absorbante, pour créer les actions à distribuer aux membres de la société absorbée. L'augmentation n'est pas nécessaire dans la mesure où la société absorbante possède, soit des actions de la société absorbée — elle ne peut s'attribuer à elle-même

Société. *Contra* C. BÖTTCHER, *Soz. Pr.* 1938, 808, qui maintient l'opinion que la Direction est toujours tenue d'exécuter la décision de l'Assemblée.

de ses propres actions (conversion d'actions étrangères en actions propres contraire au sens des §§ 51 et 65) — soit des actions propres (1).

Le genre d'augmentation le plus approprié est l'augmentation conditionnelle. Mais l'augmentation ordinaire et le capital autorisé sont également permis et simplifiés, lorsqu'il s'agit d'une fusion, en ce que le § 237 dispense des règles sur la libération préalable du capital ancien, sur les bulletins de souscription, le droit préférentiel de souscription et le versement du premier quart. Les règles sur le premier quart sont d'ailleurs inapplicables déjà pour la raison que la fusion est un apport en nature.

238. — Toutes ces délibérations et conventions ne sont définitives que dès l'immatriculation au Registre du commerce. Certes les délibérations mêmes de la fusion prennent effet sans immatriculation, à moins qu'elles n'impliquent des modifications aux statuts, ce qui ne sera en général le cas que du côté de la société absorbée (si elle avait été contractée pour une durée déterminée abrégée par la fusion). Mais toute l'opération reste en suspens tant que l'augmentation du capital de la société absorbante n'est pas réalisée et immatriculée. Alors seulement le contrat lie les deux parties. La fusion même, c'est-à-dire le transfert du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, est subordonnée à son immatriculation, qui ne doit pas être faite avant celle de l'augmentation du capital et de sa réalisation, §§ 240, al. 1. Le § 239, al. 1 prescrit aux Directions, aussi bien de la société absorbée que de la société absorbante, de déclarer la fusion aux Registres de leurs sièges aux fins d'immatriculation. Mais seule l'immatriculation au Registre du commerce du siège

(1) Dans ce dernier cas, la Loi ne semble pas interdire que la Société augmente néanmoins son capital et garde ses propres actions au lieu de les employer à l'échange. Dans la mesure où la société absorbée possède ses propres actions ou celles de la société absorbante, l'augmentation du capital de la société absorbante est également dispensable, elle est même illicite dans la première de ces deux hypothèses, ainsi que dans celle où la société absorbante possède des actions de la société absorbée.

de la société absorbée est décisive. La société absorbante déclarera la fusion, en règle générale, en même temps que l'augmentation du capital, sa réalisation et la modification des statuts qui en découle.

239. — A la déclaration de la fusion doivent être annexées plusieurs pièces justificatives (§ 239, al. 2 et 3) : le contrat, les délibérations des Assemblées Générales, l'autorisation gouvernementale (si elle est requise). La déclaration de la société absorbée doit en outre être accompagnée d'un bilan dit « final » (*Schlussbilanz*) destiné à assurer la continuité entre la comptabilité de la société absorbée et celle de la société absorbante. En effet, les évaluations de ce bilan, qui est soumis aux dispositions sur le règlement de comptes annuel, figureront dans le prochain bilan annuel de la société absorbante après la fusion comme prix d'achat, § 242 (1).

240. — Mais avant d'immatriculer la fusion, le juge doit encore attendre une dernière opération : la fusion une fois immatriculée, la société absorbée a complètement disparu avec tous ses organes. Si le contrat de fusion prévoit la remise des actions de la société absorbante directement aux actionnaires de la société absorbée, en donnant à ceux-ci une action directe (stipulation pour autrui), l'échange des actions peut à la rigueur se faire sans intermédiaire. Mais si le créancier unique des actions est la société absorbée, il est indispensable qu'il en reste encore après l'immatriculation de la fusion un mandataire spécial, chargé du recouvrement et de la distribution des actions. Même si les actionnaires ont une action directe, un tel manda-

(1) Le rôle de ce bilan prescrit pour la première fois par la Loi de 1937, n'est pas encore tout à fait clair, v. SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 239, note 7, p. 955. Ce bilan n'est pas nécessairement identique au bilan de fusion sur la base duquel les parties calculent la valeur de l'entreprise absorbée pour fixer la contre-prestation, bilan où, tel que dans un bilan de liquidation, les biens sont évalués à leur valeur de vente et non pas à leur valeur d'usage.

taire de leurs intérêts communs est utile. C'est pourquoi le § 240, al. 2 prescrit que la société absorbée nomme, au plus tard dans le contrat de fusion, un fiduciaire (*Treu-händer*), chez qui la société absorbante consigne les actions à émettre (1) au profit des actionnaires de la société absorbée. C'est seulement après avoir reçu l'avis de ce séquestre qu'il est en possession de ces actions que la fusion est inscrite au Registre du commerce.

241. — Quelques mots sur la fusion par formation d'une société nouvelle : le point crucial est ici l'adaptation des règles sur la constitution des sociétés au but de la fusion. La société nouvelle a en effet ceci de particulier qu'elle n'a, en règle générale, que deux fondateurs, savoir les sociétés fusionnées, qui, au moment précis de sa naissance, disparaissent. Beaucoup de règles ordinaires sont par conséquent inapplicables (par exemple sur le nombre des fondateurs), l'application d'autres rendrait l'opération inutilement difficile (par exemple sur le contrôle). Les prescriptions à observer sont donc réduites au minimum, § 247, al. 4 : clauses nécessaires des statuts (§ 16, al. 3, les statuts seront en règle générale insérés dans le contrat de fusion), fondation (§ 22), nomination des premiers administrateurs (§ 23), contenu de l'immatriculation (§ 32), portée de l'immatriculation (§ 34, al. 1). Au contraire, la Loi ne renvoie pas aux règles sur la forme authentique des statuts, sur le nombre des fondateurs et la détermination des actions qu'ils prennent, les avantages particuliers, dépenses de la constitution, apports en nature et reprises de biens, les rapports et vérifications, etc. Les actionnaires et les tiers sont censés suffisamment protégés par le fait que les statuts font partie d'un contrat de fusion forcément très détaillé et déposé au Registre du commerce à titre de pièce

(1) L'émission même ne peut avoir lieu qu'après que la réalisation de l'augmentation du capital de la société absorbante a été immatriculée (v. *supra*, n° 194), immatriculation qui se fait en règle générale en même temps que celle de la fusion.

annexe à la déclaration de la société nouvelle (1). Cependant, pour empêcher que la constitution simplifiée en cas de fusion ne soit utilisée pour tourner les règles du § 45 sur la constitution subséquente, la fusion par constitution d'une société nouvelle n'est permise qu'aux sociétés qui existent déjà depuis deux ans (§ 247, al. 2). En outre, le § 247, al. 3 confie aux Assemblées Générales des sociétés fusionnées l'approbation des statuts de la société nouvelle et l'élection des membres de son premier Conseil de Surveillance, délibérations qui font corps avec celles sur le contrat de fusion. La déclaration de la nouvelle société au Registre du Commerce est effectuée par les seuls fondateurs, c'est-à-dire les Directions ès-qualité des sociétés fusionnées, sans le concours des administrateurs de la société nouvelle (§ 247, al. 5, prop. 1). L'immatriculation de la nouvelle société étant l'acte décisif qui fait disparaître les sociétés absorbées, il semble bien — le texte de la loi n'est pas tout à fait clair — qu'on doive y appliquer, par analogie, la règle du § 240, al. 2, subordonnant l'immatriculation à l'avis du, ici *des* fiduciaires d'avoir reçu les actions à distribuer de la société absorbante. La fusion même ne sera immatriculée qu'après la nouvelle société et sur la déclaration faite par sa Direction. Ces immatriculations au Registre du commerce des sièges des sociétés fusionnées n'ont qu'un effet déclaratoire, puisque les sociétés fusionnées ont déjà disparu à ce moment.

c) Effets de la fusion

242. — A l'instant où le juge signe l'immatriculation de la fusion dans le Registre du commerce du siège de la société absorbée (en cas de fusion par constitution d'une société nouvelle : l'immatriculation de la nouvelle société), la société absorbée cesse d'exister et son actif et passif passe

(1) Mais les clauses sur les avantages particuliers, frais de constitution, apports et reprises, contenues dans les statuts des sociétés fusionnées doivent être reproduites dans les statuts de la société nouvelle, § 247, al. 4, prop. 2 et 3.

en bloc à la société absorbante, § 240, al. 3, prop. 1, et al. 4 ; § 427, al. 5, prop. 3, et al. 6. Des multiples problèmes soulevés par cette succession à titre universel, deux seulement ont été réglés par la Loi : le conflit d'engagements incompatibles entre eux et la protection des créanciers de la société absorbée (1).

243. — La protection des créanciers de la société absorbée est un problème classique, comparable à celui de la protection des créanciers d'un *de cuius* en cas de succession. La situation est cependant différente : l'héritier peut limiter sa responsabilité pour les dettes du défunt ; en cas de fusion, au contraire, la société absorbante est substituée purement et simplement à la société absorbée. Ce principe du § 240, al. 3, prop. 1 de la Loi va plus loin que le principe du droit commun allemand, exprimé dans le § 419 C. civ., aux termes duquel « celui qui acquiert par contrat le patrimoine d'autrui répond envers les créanciers de celui-ci des dettes existantes lors du contrat, à partir de ce moment (c'est-à-dire à partir du contrat, même si le transfert du patrimoine est postérieur), sans préjudice de la responsabilité de l'ancien débiteur ». En effet, l'alinéa 2 de ce paragraphe ajoute : « La responsabilité de l'acquéreur est limitée au patrimoine acquis et aux droits découlant du contrat » (2). Le § 419 C. civ. ne s'applique pas en matière de fusion. La société absorbante a le droit, la possibilité et le devoir de s'informer des engagements qu'elle assume ; il n'y a pas lieu de lui accorder un genre quelconque de bénéfice d'inventaire ; en revanche, il n'y a pas de raison de permettre aux créanciers de la poursuivre avant la disparition de la société débitrice absorbée. Mais

(1) Nous ne parlons pas ici des questions techniques, telles que le transfert des dossiers du Registre du Commerce de la société absorbée au Registre de la société absorbante, ou l'échange des actions, réglées aux alinéas 6 et 7 du § 240.

(2) Ce principe (*bona non adquiruntur nisi deducto aere alieno*) vaut-il également en France, en dehors des cas réglés par la Loi ? La question est discutée précisément en matières de fusion, v. p. ex. Paris, 1 déc. 1937, *Rev. Sp.*, mai 1938, p. 248, note C. R.

la responsabilité illimitée de la société absorbante ne sert pas à grand'chose si cette société est en difficultés. C'est pourquoi le Code de commerce avait prescrit l'administration séparée du patrimoine de la société absorbée. Le § 241 de la Loi renonce à cette mesure irréalisable. Les créanciers sont désormais restreints aux mêmes droits qu'en cas de réduction ordinaire du capital, avec cette modalité encore, qui résulte de la nature des choses, que les créanciers qui n'ont pas été payés ou garantis, bien qu'ils se soient présentés dans le délai de six mois, ne peuvent poursuivre que la société absorbante et ses administrateurs coupables (quasi délit), mais jamais les actionnaires.

244. — Le conflit d'engagements incompatibles est peut-être la difficulté la plus intéressante du point de vue théorique et pratique, en matière de fusion. Elle est apparue dans la pratique, où les exemples abondent : la société absorbée a un représentant général avec droit d'exclusivité pour une circonscription déterminée, la société absorbante en a un autre ; la société absorbée a promis à la maison de transports A. de lui confier tous ses envois, la société absorbante a conclu une convention similaire avec la maison B. ; la société absorbée a promis à un concurrent de ne pas vendre un certain produit, la société absorbante s'est précisément engagée envers un client à lui en fournir périodiquement une certaine quantité, etc..., etc...

L'application des règles du droit commun entraînerait la solution que la société absorbante devrait opter entre ces engagements contradictoires, quitte à être poursuivi en exécution ou en dommages-intérêts par le créancier non satisfait. La fusion serait pratiquement impossible, lorsque les sociétés ne réussissent pas à s'arranger d'avance avec leurs créanciers. Sur la suggestion de l'Académie du Droit allemand (1), le § 240, al. 3, prop. 2, donne au juge

(1) La première analyse d'ensemble du problème est de M. J. BREIT, dans sa dissertation fondamentale sur la fusion, *ZHR* 1929 et 1930, surtout 1930, pp. 337 à 366, avec beaucoup d'exemples de la pratique ; cf. récem-

le droit de modifier, selon l'équité, les contrats synallagmatiques en cours au moment de la fusion, non seulement lorsqu'il y a conflit entre engagements strictement incompatibles, mais aussi lorsque l'exécution des deux engagements à la fois (celui de la société absorbante et celui de la société absorbée) serait « une grave iniquité pour la société absorbante » (*eine schwere Unbilligkeit für die übernehmende Gesellschaft*). Par cette dernière expression, on vise par exemple une situation de ce genre : la société absorbée a promis à une entreprise de ne pas lui faire concurrence dans le district A., la société absorbante a contracté le même engagement pour le district B. ; il ne serait pas convenable d'exiger de la société absorbante qu'elle s'abstienne de toute concurrence aussi bien dans le district A. que dans le district B. Le grand pouvoir accordé par le § 240, al. 3, au juge est caractéristique de l'évolution du droit moderne sous la pression de l'évolution économique, génératrice de situations qui échappent à toute réglementation préalable par des principes bien définis.

245. — Une question spéciale a été réglée déjà par une Loi du 13 décembre 1935 (Bull. I, p. 1468) : à moins de clause contraire, la société absorbante succède également dans les droits d'usufruit et dans les servitudes personnelles appartenant à la société absorbée, encore que ce soient des droits viagers et incessibles d'après les règles du droit civil. Le législateur a ainsi tiré la dernière conséquence d'une idée plus générale, d'après laquelle la disparition de la société absorbée n'est pas en tout assimilable à la mort d'une personne physique. Les rapports avec une société de capitaux n'ont jamais un *intuitus personæ* très accentué. Si donc le droit civil déclare éteint par la mort certains droits ou engagements en raison de leur caractère personnel, il faut toujours se demander si cette raison

ment R. GOLDSCHMIDT, *Temî Emiliani*, 1938, n° 12, pp. 11-13, avec références à la doctrine italienne.

vaut également pour le « décès » d'une société fusionnée (1).

d) Nullités et responsabilités

246. — La nullité a été qualifiée comme le problème le plus délicat du droit de la fusion (2). La Loi de 1937 ne contribue guère à sa simplification. La seule règle en ce sens est le § 240, al. 5, déclarant couverts les vices de forme du contrat de fusion par l'immatriculation. Mais toutes les autres causes de nullité du contrat entraînent la nullité de toute l'opération, et le même effet est attaché à la nullité ou l'annulation des délibérations des Assemblées Générales sur la fusion ou sur l'augmentation du capital nécessaire. En effet, le contrat ne contient pas seulement l'engagement et la promesse de faire la fusion, mais aussi l'accord des deux sociétés qui fait partie intégrante de l'acte de fusion même. Or, si lesdites délibérations ne peuvent être attaquées que d'après les règles des §§ 195 ss. (v. *infra* n° 327 ss.) (3), le contrat est soumis à toutes les causes de nullité du droit civil ; on peut même se demander s'il n'est pas en outre frappé de nullité lorsqu'il heurte le § 238, al. 2, interdisant à la société absorbante les prestations en argent dépassant le 1/10^e de la valeur nominale totale de ses actions données en échange de l'actif de la société absorbée. Avec le commentaire officieux (4), nous estimons qu'il est plus rationnel de confier au seul juge du Registre du commerce le soin de surveiller l'observation de cette disposition et que sa violation ne peut plus être invoquée après que la fusion est définitive. Mais il aurait mieux valu le dire dans la Loi. En effet, il faut autant que

(1) Exemples: la fusion d'une société associée à une société civile (cartel) n'entraîne pas la dissolution de cette dernière; un mandat donné à la société absorbée passe à la société absorbante.

(2) J. BREIT, *op. cit.*, n° 211, p. 395.

(3) Après l'immatriculation de la fusion, la demande en annulation de la résolution de la société absorbée doit être intentée contre la société absorbante, § 246.

(4) SCHLEGELBERGER et QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 238, n° 18, p. 953.

possible réduire le nombre de nullités, ces nullités entraînant des difficultés inextricables, alors surtout qu'il est pratiquement impossible de rétablir le *statu quo ante* après que la fusion est réalisée.

247. — Les procès en nullité seront d'autant moins fréquents que les intéressés peuvent obtenir le résultat désiré par une action en dommages-intérêts. La Loi a donc bien fait de régler les questions les plus importantes en pratique, concernant les responsabilités qui peuvent découler de la fusion.

Quant aux personnes responsables et aux raisons de responsabilité, ce sont les principes du droit commun sur les responsabilités contractuelle ou délictuelle qui sont applicables ; le § 245 le relève formellement, en ce qui concerne les administrateurs de la société absorbante, en renvoyant simplement aux §§ 84 et 99 de la Loi relatifs à la responsabilité des Directeurs et membres du Conseil de Surveillance, ainsi qu'aux règles du droit civil, avec cette modification que le point de départ de la prescription quinquennale des §§ 84 et 99 est reporté au moment de la dernière immatriculation à laquelle la fusion donne lieu. Seule la responsabilité des administrateurs de la société absorbée a été étendue. Les règles du droit commun sont ici en effet insuffisantes. Le § 84 et le § 99 ne donnent en principe une action qu'à la Société, les créanciers ont seulement une action subsidiaire, les actionnaires n'en ont aucune. Or, pratiquement, la société absorbée n'est jamais intéressée à poursuivre ses mauvais administrateurs, pour la simple raison qu'elle a cessé d'exister. Le § 243, al. 1 donne donc une action directe aux actionnaires et créanciers, puisque ceux-ci sont les véritables victimes, contre les administrateurs solidairement responsables du préjudice résultant de l'absorption, à moins qu'ils ne prouvent qu'ils ont observé, lors de l'examen de la situation pécuniaire des sociétés fusionnées et lors de la conclusion du contrat de fusion, leur devoir de diligence. En tant que l'al. 1 du § 243 donne l'action également à la société absorbée même, il modifie

le droit commun des §§ 84 et 99, d'une part, par la suppression de l'excuse que les administrateurs pourraient tirer de l'autorisation qu'ils ont reçue de l'Assemblée Générale, et d'autre part, par la modification du point de départ de la prescription quinquennale, fixé à l'al. 3 au moment de l'immatriculation de la fusion au Registre du commerce du siège de la société absorbée.

248. — Les actions en dommages-intérêts, de même d'ailleurs que les actions en nullité, qui pourraient être intentées par ou contre la société absorbée, se heurtent à ce que cette société n'existe plus et que son actif s'est confondu avec celui de la société absorbante. Pour remédier à cet état de choses, le § 243 al. 2 édicte une fiction de survie de la société absorbée et de la non confusion des droits et engagements, dans la mesure où cela est nécessaire à l'exercice, pour ou contre la société absorbée, des actions en nullité, en dommages-intérêts ou autres fondées sur le fait de la fusion. En ce qui concerne les actions *contre* la société absorbée, on peut cependant douter que la fiction de survie soit utile : si le demandeur (en règle générale la société absorbante) ne prétend pas en même temps à la nullité de la fusion, il trouvera devant lui une défenderesse sans actif

249. — Les droits à faire valoir *par* la société absorbée, ou par ses actionnaires et créanciers, contre ses administrateurs, sont organisés en vue d'éviter une multiplication vexatoire des procès et d'assurer une mise à profit au bénéfice commun de tous les intéressés. Le § 244 confie lesdits droits et actions à un mandataire spécial nommé par le juge du Registre du commerce de la société absorbée (1), à la requête d'un actionnaire ou d'un créancier. L'action-

(1) C'est également le juge qui fixe les déboursés et la rétribution du mandataire et qui décide dans quelle mesure ces frais doivent être supportés par les actionnaires ou créanciers intéressés, § 244, al. 4. Dans les procès *contre* la société absorbée, un représentant *ad hoc* est nommé par le tribunal saisi, d'après le § 57 C. proc. civ.

naire ne peut faire la requête qu'après avoir échangé ses actions contre celles de la société absorbante, le créancier doit démontrer qu'il ne peut trouver satisfaction de la part de la société absorbante. Par avis publié dans les journaux de la société absorbée, le mandataire somme les créanciers et actionnaires de cette société de faire valoir leurs droits et ceux de la société absorbée, dans un délai convenable de forclusion qui ne doit pas être inférieur à un mois. Le mandataire établit en outre lui-même si la société absorbée a des raisons de poursuivre un administrateur, ou la société absorbante ou des administrateurs de celle-ci. Il intente les actions qui lui semblent fondées, les autres seulement si elles appartiennent à un actionnaire ou créancier qui avance les frais. Le produit net est distribué aux promoteurs de cette procédure collective : d'abord aux créanciers, à moins qu'ils n'aient été entre temps désintéressés ou garantis par la société absorbante, ensuite aux actionnaires, selon les principes applicables lors de la liquidation.

e) Transferts d'actif autres que fusions

250. — La loi allemande admet deux sortes de transfert d'actif en bloc et sans liquidation moyennant *argent* : le transfert à l'Etat, un pays, une union de communes ou une commune, § 253 ; et, innovation de la Loi de 1937, le transfert à une association d'assurances mutuelles, § 254. A ces deux sortes de transfert sont applicables, par analogie, les règles sur la fusion, avec quelques modifications qui résultent de la nature des choses.

Tout autre transfert de l'actif de la Société ne peut se faire qu'à titre individuel, et, si la Société se dissout (1), après liquidation. Si donc la Société veut, soit stipuler une

(1) La résolution du transfert n'emporte plus nécessairement, comme après le § 303 C. com., la dissolution; la Société peut continuer avec, comme base pécuniaire, la contre-prestation et, s'il y a lieu, quelques objets exclus du transfert, exclusion qui n'empêche pas que le transfert comprend « tout l'actif » au sens du § 255 de la Loi ou du § 419 C. civ.

autre prestation que des actions de la Société absorbante, soit exclure la responsabilité illimitée de la société absorbante, soit garder tels objets déterminés pour continuer avec eux la vie sociale ou pour les distribuer aux actionnaires, elle ne peut le faire que d'après les règles du droit civil, auxquelles le § 255 n'apporte que les dérogations suivantes : le contrat est soumis aux mêmes règles de forme et de validité (exclusion du § 310 C. civ.) que le contrat de fusion ; il doit être approuvé par l'Assemblée Générale dans les mêmes conditions de majorité. Mais la résolution de l'Assemblée Générale est ici, où il ne s'agit pas d'une modification apportée à la structure de la Société, un acte interne dont les vices ne peuvent, semble-t-il, porter atteinte à la validité de l'opération conclue par la Direction. L'exécution du contrat est très différente de la fusion : pas de succession universelle dans l'actif ; l'acquéreur répond du passif de la Société, mais seulement dans le cadre du § 419 C. civ., c'est-à-dire avec ce qu'il a obtenu en vertu du contrat ; il n'existe pas de mesure de protection pour les créanciers, ceux-ci conservant leurs droits contre la Société qui, en cas de dissolution, doit observer les règles ordinaires sur la liquidation.

251. — La Loi de 1937 s'occupe pour la première fois de certains contrats qui, tout en laissant à la Société son indépendance juridique, portent en fait gravement atteinte à sa liberté d'action. C'est pourquoi le § 256 restreint la compétence de la Direction de la même manière qu'en cas de transfert d'actif, en subordonnant la conclusion de ces contrats à une résolution de l'Assemblée Générale prise à la majorité des $\frac{3}{4}$ au moins du capital représenté. Le texte du § 256 dit même que cette résolution est la condition préalable de la validité (*Wirksamkeit*) du contrat, de sorte qu'on peut supposer qu'à la différence du § 255, la résolution de l'Assemblée Générale n'est pas un acte purement interne de la Société, mais que son absence ou sa nullité est opposable aux tiers co-contractants. Les contrats ainsi visés sont : 1° la participation d'autrui au béné-

fice de la Société, pourvu que ce tiers reçoive plus des $\frac{3}{4}$ des bénéfices (ces contrats de « communauté d'intérêt » — *Interessengemeinschaft* — ou de « fusion de bénéfices » — *Gewinnverschmelzung* — ne sont pas rares : deux sociétés mettent en commun tout ou une partie de leurs bénéfices et les répartissent entre elles dans une proportion déterminée, de façon qu'elles forment une sorte de société civile qui, très souvent, prépare une fusion ultérieure) ; 2° le bail de l'entreprise de la Société à un tiers ; 3° le contrat de gérance (le tiers exploite le fonds de la Société au nom de celle-ci et pour son propre compte ou pour le compte de la Société) ; et 4° le contrat par lequel lequel la Société s'oblige à exploiter son fonds pour le compte d'un tiers.

§ 7. — La transformation

a) Généralités

252. — La Loi de 1937 règle la transformation, c'est-à-dire le changement de la forme sociale sans liquidation et sans préjudice de l'identité de la Société, d'une manière très détaillée, dans la troisième partie du 3^e livre (§§ 257-287), directement à la suite de la fusion et des autres formes de transfert de l'actif total de la Société. Cet ordre des matières se retrouve également dans les traités français du droit des sociétés, qui eux aussi s'occupent de la transformation à la suite de la liquidation et de la fusion, bien que la transformation n'ait aucun rapport avec la disparition de la Société. La vraie place systématique de la transformation est à la fin d'un livre ou d'une loi sur les sociétés en général où, après l'exposé des particularités des différentes formes de sociétés, on saisirait mieux la portée et l'utilité d'une institution qui permet à une Société de passer de l'une à l'autre. N'ayant pas l'intention d'écrire ici un livre sur le droit allemand des sociétés en général, nous nous bornons à un exposé sommaire, alors surtout

que la matière sera peut-être bientôt soumise à une retouche sérieuse à la suite de la réforme annoncée du droit des sociétés à responsabilité limitée.

La transformation touche à la fois aux règles sur la protection des créanciers et le capital social, qui varient selon la forme de la Société, et aux dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement de la Société ; mais son aspect le plus intéressant est qu'elle permet l'inobservation des règles sur la formation des sociétés d'un type déterminé. Cet aspect du problème a été évoqué récemment en France par un arrêt très critiqué relatif à la transformation d'une société en nom collectif en société à responsabilité limitée (1). C'est ce qui justifie peut-être de parler, dans cet ouvrage, de la transformation, à la fin du chapitre qui a commencé par l'exposé des règles allemandes sur la constitution des sociétés anonymes.

253. — Le Code de commerce allemand ne permettait que la transformation d'une société en commandite par actions en une société par actions ; en outre, la Loi sur les sociétés à responsabilité limitée prévoyait une sorte de transformation d'une société par actions en société à responsabilité limitée. La Loi de 1937 est plus libérale et permet de passer d'une forme de société de capitaux (société par actions, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée, société minière) à toutes les autres formes, sauf à celle de la société minière (2). Il y a donc huit variations possibles qui correspondent aux huit sections de cette partie de la Loi : société par actions à société en commandite par actions ; société en commandite par actions à société par actions ; société par actions à société à responsabilité limitée ; société à responsabilité limitée à société par actions ; société minière à société par

(1) Civ., 17 janv. 1936, Société Hermann, S. 1937, I 23 ; D. P. 1937, I, 9, note PIC ; J. Soc. 1937, p. 146, avec dissertation CORDONNIER, sous n° 4394.

(2) En outre, la Loi ne prévoit pas la transformation d'une société minière en société à responsabilité limitée.

actions ; société en commandite par actions à société à responsabilité limitée ; société à responsabilité limitée à société en commandite par actions ; société minière à société en commandite par actions. Nous en tracerons les grandes lignes et les principes communs.

Malgré ce libéralisme, le législateur n'a pas admis la transformation d'une société de personnes en société de capitaux, de peur que l'on tournât ainsi les règles sur la constitution de ces sociétés (1). De même, l'opération inverse, c'est-à-dire la transformation d'une société de capitaux en société de personnes, reste seulement permise à titre transitoire et en vertu de la Loi du 5 juillet 1934 (*supra*, n° 58) dont la prorogation jusqu'à 1941 est précisément destinée à faciliter la transformation des sociétés par actions et en commandites par actions dont le capital est inférieur au taux minimum désormais obligatoire. La transformation de sociétés de capitaux en sociétés de personnes n'est en effet pas sans danger pour les créanciers, qui ont souvent, avec raison, plus de confiance en l'administration séparée d'un actif social que dans la responsabilité personnelle et illimitée des associés.

b) L'économie des dispositions légales

254. — La transformation doit, comme toute modification des statuts, être décidée par l'Assemblée Générale (majorité minimum des $\frac{3}{4}$ du capital représenté s'il s'agit d'une société par actions (2), majorité correspondante

(1) En outre, la tendance n'est pas de favoriser la formation de sociétés de capitaux. Est donc impossible en Allemagne, autrement qu'en France, la transformation d'une commandite simple en commandite par actions, même si elle a été prévue dans l'acte de société ou approuvée par tous les associés; il en est d'ailleurs de même de l'opération inverse (sous réserve du § 13 de la Loi du 5 juillet 1934).

(2) Pour la transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme, seule la majorité nécessaire pour une modification ordinaire des statuts est requise; cette majorité peut être fixée par les statuts à une quote-part du capital inférieure, d'après le § 146, al. 1, prop. 2 de la Loi.

dans les autres sociétés), qui statue en même temps sur les modifications des statuts requises par la nouvelle forme sociale et sur l'élection des administrateurs nécessaires. Lors d'une transformation en une société en commandité par actions, il faut qu'un associé personnellement responsable entre dans la Société, par acte authentique, et approuve les statuts. Si c'est une société en commandite par actions qui se transforme, les associés personnellement responsables, qui dans ce cas sortent de la Société, doivent approuver la délibération de l'Assemblée Générale décidant la transformation. De même, si c'est une société à responsabilité limitée qui se transforme, les associés qui peuvent s'opposer à une cession des parts (1), ou qui sont obligés à des prestations en nature non compatibles avec une société par actions ou en commandite par actions, doivent consentir à la transformation. La transformation d'une société minière est en outre soumise à une autorisation administrative.

255. — La question la plus délicate est, comme nous venons de le dire, celle de savoir quelles sont les règles de constitution à observer. Lorsqu'il s'agit de la transformation d'une société par actions, il faut distinguer : la transformation en une société en commandite par actions nécessite les mêmes mesures de contrôle qu'une constitution. Pourquoi ? Les règles sur la constitution des sociétés anonymes ne sont-elles pas exactement les mêmes que celles relatives à la constitution d'une société en commandite par actions ? Certainement, mais avec cette différence que les associés personnellement responsables répondent de la régularité de l'opération, § 225, n^{os} 2 et 3. Or, les commandités échapperaient à cette charge si l'on pouvait fonder d'abord une société anonyme, à laquelle ils pourraient plus tard se joindre sans devoir de vérification.

(1) Les parts des soc. à r. l. sont en principe librement cessibles par acte notarié, mais les statuts peuvent subordonner la cession à l'agrément de tous, de la majorité ou de quelques-uns des associés, § 15, al. 5, L. 1892.

Au contraire, si la société anonyme se transforme en société à responsabilité limitée, il n'y a pas de règle constitutive à observer ; la formation de la société à responsabilité limitée allemande n'exigeant même pas la libération complète des parts avant la constitution définitive.

256. — Lorsqu'il s'agit d'une transformation en société anonyme, la situation est bien entendu inverse : aucune difficulté, si la société qui se transforme est une société en commandite par actions ; au contraire, lors de la transformation d'une société à responsabilité limitée ou d'une société minière, l'opération doit être contrôlée. D'abord, il faut compléter les statuts pour les mettre en harmonie avec les §§ 19 et 20 sur les avantages particuliers, dépenses de la constitution, apports en nature et reprises des biens.

Ensuite une procédure analogue à la constitution est à suivre. Les associés ayant voté pour la transformation — leurs noms sont énoncés au procès-verbal — prennent ici la place des fondateurs (1) et doivent faire un rapport. Mais puisqu'au moment de la transformation la Société existe peut-être déjà depuis des années, il n'importe pas aux actionnaires futurs ni aux autres intéressés de connaître la situation lors de la constitution, mais lors de la transformation ; le rapport doit donc exposer la marche des affaires et la situation actuelle et commenter le « bilan de transformation ». Ce bilan, qui doit être annexé à la déclaration au registre du commerce, est destiné à faire la transition entre la comptabilité de la Société avant et après la transformation ; c'est, en effet, le premier bilan de la Société soumis aux règles d'évaluation et d'articulation prescrites pour le bilan annuel des sociétés par actions. L'observation de toutes ces dispositions est vérifiée, d'abord par les membres du Conseil de Surveillance, élus par les associés de la Société en transformation, et les

(1) S'il s'agit de la transformation d'une société à r. l. ou d'une soc. minière en une soc. en commandite par actions, les devoirs de fondateurs incombent en outre aux associés personnellement responsables.

Directeurs nommés par ce Conseil, et ensuite par les contrôleurs et le Tribunal.

Enfin, le § 271 déclare applicables les règles sur la constitution subséquente, c'est-à-dire : les achats pour un prix supérieur au dixième du capital, conclus dans les deux ans qui suivent l'immatriculation de la transformation, sont soumis à l'agrément de l'Assemblée Générale, après vérification par le Conseil de Surveillance et les contrôleurs, et à l'immatriculation au Registre du commerce.

257. — Enfin, la Loi protège les droits acquis des créanciers et des associés. En général, la situation des créanciers s'améliore ou reste sans changement (1) ; leur protection n'est nécessaire que lors de la transformation d'une société par actions ou en commandite par actions en société à responsabilité limitée. Dans ces cas, ils peuvent, dans les six mois qui suivent la publication de l'immatriculation de la transformation, demander à être garantis par des sûretés, de même qu'en cas de fusion ou de réduction du capital, § 267.

Plus délicate est la sauvegarde des droits des associés. Seule la transformation d'une société en commandite par actions en société par actions est, de ce point de vue, sans danger. Dans les autres hypothèses, une sauvegarde complète ne serait possible que si l'on exigeait le consentement de tous les associés à la transformation. Dès qu'on admet le principe de la majorité, on doit donner un droit de sortie à tout associé qui repousse la transformation. La Loi ne l'a pas fait. Ainsi les actionnaires d'une société par actions doivent souffrir la transformation en société en commandite par actions bien que les droits des actionnaires soient plus effacés dans cette dernière. Il est vrai que le renforcement des droits de la Direction dans la société par actions par la Loi de 1937 a diminué la différence. Les

. (1) Si une société en commandite par actions se transforme en société anonyme ou à responsabilité limitée, les associés personnellement responsables restent naturellement tenus des dettes contractées avant la transformation.

actionnaires doivent même tolérer la transformation de leurs actions en parts d'une société à responsabilité limitée, de même que les associés d'une société à responsabilité limitée ou d'une société minière doivent tolérer la transformation de leurs parts en actions. La Loi ne prend que deux précautions. La première est relative au fractionnement du capital social : chaque associé peut s'opposer à ce que le montant nominal des actions soit fixé à un taux supérieur au taux minimum légal (s'il s'agit d'une transformation en société par actions ou en commandite par actions), ou à ce que le montant des parts soit fixé à un taux différent du taux des actions, de sorte qu'il ne peut échanger toutes ses actions en parts (s'il s'agit d'une transformation en société à responsabilité limitée). L'autre précaution est de permettre à chaque associé qui demande l'inscription de son opposition au procès-verbal de l'Assemblée Générale délibérant sur la transformation, d'abandonner sa part ou action à la Société, qui la met en valeur pour le compte de l'associé, d'après la règle du § 179 relative à la procédure analogue lors de la réduction du capital par réduction du nombre des actions (*supra* n° 209). L'associé peut également vendre lui-même sa part ou son action, sans être gêné dans ce cas par une clause d'agrément des statuts.

CHAPITRE III

L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

§ 1. — L'Administration

a) *La division en Direction et Conseil de Surveillance*

Les règles qui leur sont communes et en particulier les règles sur le non-cumul d'emplois et les traitements

258. — A première vue, le droit allemand semble ignorer la notion d'administrateur. La Loi ne parle que de membres de la Direction ou du Conseil de Surveillance. La réalité est différente. En France, où la loi ne connaît, pour les sociétés anonymes, que « les administrateurs », on distingue fréquemment, dans les grandes sociétés, un ou plusieurs administrateurs-délégués, qui forment un comité de direction, tandis que le gros des administrateurs se borne à jeter de temps en temps un coup d'œil sur la gestion et à homologuer les décisions les plus graves. Si, en France, s'est ainsi réalisée une division du travail inconnue des textes, il y a, inversement, en Allemagne, un rapprochement entre les membres de la Direction et du Conseil de Surveillance. Lorsque le Conseil de Surveillance fut rendu obligatoire pour les sociétés anonymes en 1870, on s'imagina qu'il exercerait le contrôle dont on avait éprouvé déjà à cette époque la nécessité, étant donné l'incapacité de l'Assemblée Générale d'assurer un tel contrôle préventif. Mais le Conseil de Surveillance se transforma

très vite, de contrôleur de la Direction, en auxiliaire, parfois en son concurrent ou son supérieur. En effet, il est très difficile de contrôler sans se mêler de la gestion, et précisément si on se mêle de la gestion, on perd l'impartialité nécessaire pour un vrai contrôle. La composition des Conseils de Surveillance a contribué à accélérer cette évolution. De même que dans les Conseils d'Administration français, l'élément prépondérant dans les Conseils de Surveillance ne sont pas les techniciens, mais les émissaires des grands groupes d'actionnaires et surtout des banques et autres entreprises « amies » de la Société, élus pour aider la Société de leurs conseils et de leurs relations. La différence entre le droit allemand et le droit français n'est donc pas, en fait, si importante qu'elle le paraît (1).

259. — Il est donc légitime de qualifier d'« administrateurs » les membres de la Direction et du Conseil de Surveillance ; et l'expression « Administration » (*Verwaltung*) pour désigner la Direction et le Conseil de Surveillance est tout à fait d'usage en Allemagne. La Loi même n'a pu se soustraire à cette réalité, et elle a introduit dans la langue juridique une traduction allemande du terme « administrateurs ». En effet, les §§ 243 et 245 (responsabilité en cas de fusion), ainsi que l'important § 288 (dissolution par le Tribunal Economique de l'Empire) emploient le mot « *Verwaltungsträger* ». Toutefois, la Loi ne veut pas favoriser la confusion des fonctions des Directeurs et des membres du Conseil de Surveillance ; cette confusion ne rend

(1) Toutefois il est possible d'après la Loi de 1867, que la Société n'ait qu'un seul administrateur, tandis qu'en Allemagne il faut toujours au moins un Directeur et trois Conseillers de Surveillance. Le projet Auriol (Ch. 1937, n° 3163) veut fixer le nombre minimum des administrateurs des sociétés anonymes faisant appel à l'épargne publique, à trois : « Dans ces sociétés, nonobstant toute clause contraire des statuts, les administrateurs doivent être au nombre d'au moins trois. Si le nombre des administrateurs se trouve, par suite de vacances, réduit à moins de trois, il doit être pourvu, dans un délai de six mois, au remplacement de l'administrateur décédé ou démissionnaire, sous peine pour le ou les administrateurs demeurés en fonctions, d'assumer la responsabilité des gérants des sociétés en commandite. »

pas seulement ceux-ci inaptes à leur mission principale qui est de contrôler la gestion, de sorte qu'on doit de plus en plus confier le contrôle aux techniciens, mais elle comporte aussi et surtout l'inconvénient que des personnes qui ne le méritent pas échappent aux devoirs et à la responsabilité aggravée des membres de la Direction. Ainsi, la Loi de 1937, toujours soucieuse de maintenir une certaine division des pouvoirs et de définir minutieusement les compétences, a supprimé le droit, prévu au § 246, al. 3, C. com., d'élargir les prérogatives du Conseil de Surveillance dans les statuts (1). Mais en réalité c'est une demi mesure, puisque le § 95, al. 5, après avoir interdit de charger le Conseil de Surveillance de mesures de gestion, permet aux statuts, voire au Conseil même (!), d'interdire à la Direction de passer telle ou telle sorte d'opérations sans l'agrément du Conseil. Cela suffit pour permettre au Conseil de Surveillance d'usurper le droit de gestion.

260. — La loi allemande est moins exigeante que la loi française quant aux conditions que doit remplir un administrateur. Elle n'a ni imité le § 26 de la Loi de 1867 prescrivant que les administrateurs doivent être propriétaires d'actions, ni requis la nationalité allemande, ni créé des incapacités comparables aux déchéances prévues par le décret-loi du 8 août 1935. On a discuté, à l'Académie du Droit allemand, la question de savoir s'il ne conviendrait pas d'introduire une telle législation, étant donné les attributions nouvelles des administrateurs ; mais la majorité l'estima inutile, la crainte de l'opinion publique assurant suffisamment le choix de personnes intègres. En revanche, la loi allemande connaît une condition inconnue du droit français : une personne morale ne peut être ni Directeur,

(1) La Loi a naturellement maintenu la stricte incompatibilité entre la fonction de Conseiller de Surveillance et de Directeur, voire d'employé, chargé de gérer des affaires pour la Société. Le Conseil peut seulement nommer un ou plusieurs de ses membres pour un délai déterminé comme substituts de directeurs empêchés ; pendant ce délai, leur activité comme conseillers est suspendue, § 90.

§ 75, al. 1, prop. 3, ni membre du Conseil de Surveillance, § 86, al. 2, prop. 1 ; c'est une conséquence de cette idée que la fonction d'administrateur est essentiellement personnelle et qu'un tel *intuitus personae* ne peut exister vis-à-vis d'une personne morale.

261. — Le législateur veut que les administrateurs consacrent toute leur activité à la Société, s'ils sont Directeurs, ou au moins une partie sérieuse, s'ils sont Conseillers de Surveillance. En ce qui concerne les Directeurs, le § 236 C. com. exigeait déjà qu'ils aient une autorisation pour faire le commerce, ou des actes de commerce dans la branche de la Société, — soit pour leur propre compte, soit pour le compte d'un tiers, — ou pour être associé personnellement responsable d'une autre société ; la sanction était le droit de la Société de demander ou bien des dommages-intérêts, ou bien la cession de tous avantages de l'opération illicite. Le § 79 de la Loi a conservé cette règle en précisant que c'est le Conseil de Surveillance qui est compétent pour donner l'autorisation nécessaire (1). La loi allemande est donc plus sévère que l'art. 40 Loi 1867, qui interdit seulement aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt dans une entreprise ou dans un marché fait avec la Société ou pour son compte (2).

262. — En ce qui concerne les membres du Conseil de Surveillance, la loi allemande ne connaît pas de règle similaire. Mais n'est-ce pas une idée semblable qui est la base de la prescription déclarant incapable de devenir Conseiller de Surveillance toute personne qui l'est déjà dans dix autres sociétés par actions ou en commandite par

(1) Le § 236 C. com. avait donné ce droit « à l'organe auquel appartient la nomination de la Direction ».

(2) D'autre part, il est vrai, le § 79 ne couvre pas toutes les hypothèses visées à l'art. 40 L. 1867. Le § 79 (de même que le § 236 C. com.) a d'ailleurs oublié d'interdire aux directeurs d'être directeurs et gérants d'une autre société ; cf. sur cette question, BRODMANN, § 236, note 1, sous b, p. 247.

actions (§ 86, al. 2) ¹ (1). Cette disposition est une aggravation du décret du 19 septembre 1931, qui prévoyait le maximum de 20 mandats. Mais cette rigueur n'est qu'apparente, et dans le décret d'application du 29 septembre 1937 (art. IV, § 18), le ministre de la Justice, en faisant usage du pouvoir que lui confère le § 86, al. 2, prop. 2, de la Loi, a ordonné que, si une personne a été élue ou envoyée comme membre dans plusieurs Conseils de Surveillance en vue de défendre les intérêts économiques : 1° de l'Empire, d'un pays, d'une union de communes ou d'une commune, 2° d'une entreprise économique liée à la Société par un Konzern (§ 15 de la Loi), ou 3° d'un institut de crédit ayant des relations d'affaires bancaires permanentes avec la Société, — ces sièges ne comptent que pour un seul siège ; toutefois, personne ne peut avoir à la fois plus de vingt sièges. Le Directeur d'une *holding* peut donc par exemple siéger dans les Conseils de Surveillance de vingt sociétés contrôlées par la *holding* ; une banque peut envoyer un de ses employés dans les Conseils de Surveillance de 20 de ses clients, etc. L'application de cette réglementation soulèvera certainement beaucoup de doutes d'autant plus dangereux qu'elle est sanctionnée par l'annulabilité, peut-être même la nullité, de la nomination (2).

263. — Une idée nouvelle de la Loi de 1937, qui s'applique elle aussi tant aux Directeurs qu'aux Conseillers de Surveillance, est de prévenir une disproportion choquante entre les traitements des administrateurs et la situation

(1) V. projet Anriol, art. 1^{er}, al. 5 : « Nul ne peut accepter ni remplir les fonctions d'administrateur dans plus de quinze sociétés anonymes faisant appel à l'épargne publique, ni celles de président ou d'administrateur-délégué dans plus de cinq de ces sociétés. Dans les sociétés auxquelles l'Etat ou des collectivités publiques sont intéressées, cette limitation n'est pas applicable à leurs représentants. » Contre une telle réglementation, v. le rapport LESACHÉ, *Doc. S.* 1932, n° 826, p. 1181 *in fine*.

(2) Le projet AURIOL se contente avec raison d'une amende infligée aux cumulards et de la restitution des rémunérations indûment perçues (art. 1^{er}, al. 6).

de la Société (1). Les administrateurs sont des mandataires salariés au sens du § 675 C. civ. all. Leur rétribution peut être fixée de la manière la plus variée, soit que le contrat d'engagement la fixe lui-même, soit qu'il renvoie aux statuts ou aux décisions de l'Assemblée Générale.

Les traitements des Directeurs, quelle que soit leur dénomination, même les pensions et retraites promises à eux et à leurs familles pour le temps après l'expiration de leurs fonctions, ne doivent pas dépasser ce qui est raisonnable eu égard aux services qu'on leur demande et à la situation de la Société, § 78, al. 1 (2). Si la situation de la Société change, le Conseil de Surveillance peut même réduire les traitements — et il doit le faire sous peine d'engager sa responsabilité — dans le cas où le maintien du contrat entraînerait « une grande iniquité pour la Société ». Les Directeurs dont la rémunération est ainsi diminuée n'ont que le droit de résilier leur contrat à la fin du trimestre suivant, avec un préavis de six semaines, § 78, al. 2, prop. 2 (3). Enfin, l'al. 3 du § 78 établit une exception au § 22 de la Loi sur la Faillite. Ce paragraphe porte qu'en cas de faillite d'une entreprise, aussi bien le syndic que l'employé peuvent résilier le contrat de louage de services (et le mandat rémunéré est une sorte de louage de services), mais que le syndic qui exerce ce droit doit des dommages-

(1) Cf. projet AURIOL, art. 1^{er}, al. 2: « Aucun administrateur ne peut, en cette seule qualité, rien recevoir de la Société en dehors des rémunérations fixées par les statuts ou par décision de l'Assemblée Générale, si ce n'est le remboursement des déboursés par lui exposés dans l'intérêt de la Société. »

(2) Le § 78, al. 1 charge le Conseil de Surveillance de faire respecter cette règle, ce qui semble avoir le sens que la responsabilité des membres du Conseil est engagée non seulement si le Conseil fixe lui-même, dans le contrat avec un Directeur, une rémunération excessive, mais aussi s'ils omettent d'attaquer la résolution de l'Assemblée Générale allouant une trop forte rémunération.

(3) Cette application de la doctrine de l'imprévision n'est pas si extraordinaire en droit allemand. Le Trib. d'Emp. avait décidé, déjà avant la Loi de 1937, pour les pensions et retraites, auxquelles le § 78, al. 2 ne s'applique même pas, que la Société peut les réduire provisoirement si cela est indispensable à son assainissement, Trib. d'Emp., 30 avril 1935, RGZ 148, 81 (88 ss.).

intérêts. Le § 78, al. 3, limite ces dommages-intérêts, qu'un Directeur congédié pourrait demander à la Société en faillite, aux deux années qui suivent la résiliation (1).

La fonction de Conseiller de Surveillance est en principe gratuite. Pour les cas, qui sont pratiquement la règle, où il en est autrement, le § 98, al. 1, contient une disposition correspondante au § 78, al. 1 et 2. La rémunération des membres du Conseil de Surveillance doit également être proportionnelle à leur tâche et à la situation de la Société. Toutefois, si elle est fixée dans un contrat, il n'existe pas de droit de modification, le législateur ayant estimé que le droit de l'Assemblée Générale de révoquer *ad nutum* les membres du Conseil (avec une majorité des $\frac{3}{4}$ des voix, sauf stipulation différente des statuts), donne une garantie suffisante à la Société. Si cependant la rémunération est fixée dans les statuts, l'Assemblée Générale peut modifier cette clause des statuts à la simple majorité des voix (2).

264. — Si le § 78 ne contient peut-être qu'une adaptation des règles du droit commun à la situation particulière des Directeurs, le § 77, relatif à la participation aux bénéfices, — auquel correspond, pour le Conseil de Surveillance, le § 98, al. 3 et 4, — va plus loin. Les administrateurs reçoivent très souvent un tantième, soit en plus, soit au lieu d'une rémunération fixe. Le § 77, al. 1, prescrit que ce tantième doit, en règle générale, se calculer sur le bénéfice annuel. Le juge peut donc déclarer nul un contrat ou une décision de l'Assemblée Générale qui, sans raison particulière valable, accorde une participation aux bénéfices d'une opération déterminée ou d'un certain genre

(1) Même sous le régime du § 231, al. 3 C. com., les Directeurs n'étaient révocables *ad nutum* que « sans préjudice de leurs droits contractuels ». En France, au contraire, on leur refuse toute indemnité en cas de révocation.

(2) Aux membres du premier Conseil de Surveillance, nommés par les fondateurs ou la première assemblée constitutive, seule une Assemblée Générale ordinaire peut accorder une rémunération, et pas avant le *quitus*, § 98, al. 2.

d'opérations, etc. Mais comment calculer le bénéfice annuel au sens de cette prescription ? Sur cette question, le Code de commerce contenait déjà une règle, le § 237, d'après laquelle le bénéfice ici visé est le bénéfice net, déduction faite de tous les amortissements et réserves. Cette réglementation fut critiquée parce qu'elle encourage les Directeurs à ne pas faire des réserves et à distribuer au contraire celles créées dans les années précédentes. La loi de 1937, qui a une tendance marquée à favoriser la formation de réserves au préjudice du dividende, ordonne, sous peine de nullité absolue de toute stipulation ou résolution contraire de l'Assemblée Générale, la défalcation non seulement des amortissements, rectifications de valeur, réserves et comptes de provisions, mais en outre des sommes provenant de la distribution de réserves (1). Si on a supprimé ainsi l'avantage résultant pour une Direction de la distribution de réserves accumulées, il n'en reste pas moins vrai que la formation de réserves facultatives implique, pour la Direction, une perte de tantièmes. Pour y remédier, la dernière proposition du § 77, al. 2, autorise le Conseil de Surveillance à décider, « lorsque l'équité l'exige », pour un exercice déterminé, que le tantième des Directeurs soit calculé sur le bénéfice avant la déduction des réserves facultatives prévues. Ce règlement compliqué, qui retire aux administrateurs le tantième des réserves distribuées et subordonne les Directeurs au Conseil de Surveillance en ce qui concerne le tantième des réserves créées, a été vivement critiqué et il est fort à craindre qu'il soit tourné par des stipulations de traitements fixes et autres moyens (2).

(1) Les membres du Conseil de Surveillance doivent en outre subir le prélèvement, au profit des actionnaires, de 4 % des mises effectuées, § 98, al. 3.

(2) V. l'article de M. KISSKALT, *AkZ* 1938, 186, qui relève avec raison qu'il est impossible de comprendre dans les réserves, au sens du § 77, al. 2, les réserves occultes, et que d'autre part c'est précisément au moyen des réserves occultes qu'on peut faire apparaître des bénéfices qui en réalité n'existent pas et ainsi tourner le § 77, al. 2. V. toutefois HEFERMEHL, *Soz. Pr.* 1938, 412 ss., 746 ss., qui déclare illicite et nulle la fixation du tantième sans déduction des bénéfices provenant de l'em-

265. — Le point culminant de cette réglementation est le § 77, al. 3 (§ 98, al. 4, pour le Conseil de Surveillance) : les tantièmes doivent être dans une proportion convenable avec les dépenses au profit du personnel (1) ou des œuvres d'utilité publique (2). La violation de cette prescription entraîne la nullité de la stipulation ou de la résolution contraire, la responsabilité des membres du Conseil de Surveillance (lorsqu'il s'agit des tantièmes des Directeurs), et enfin l'intervention du Ministère Public réglée par le ministre de la Justice dans le premier décret d'application, du 29 septembre 1937, art. III, §§ 8-17, et dans une circulaire aux Parquets, du 3 décembre 1937 (D. J. 1937, 908). Dans l'année qui suit le dépôt au Registre du commerce du rapport annuel (qui doit mentionner, ainsi que nous l'exposerons tout de suite les rémunérations des administrateurs), le Procureur du siège social peut soumettre la question à une chambre spéciale du tribunal civil (Tribunal Régional) intitulée *Spruchstelle*, qui appelle en l'instance la Société et les administrateurs intéressés. La procédure est celle de la juridiction gracieuse ; la décision ou bien rejette la demande du Procureur, ou bien fixe la somme qui doit être restituée à la Société et que celle-ci doit employer au profit du personnel ou d'œuvres d'utilité publique. Contre la décision de première instance, le recours est ouvert pendant deux semaines à une chambre spéciale de la Cour (Tribunal Régional Supérieur). Un recours ultérieur, à une chambre spéciale du Tribunal d'Empire, est prévu en cas de violation de la loi, lorsque l'objet du recours dépasse la valeur de 6.000 RM. ou que les juges de deuxième instance déclarent ouvert ce recours.

ploi de réserves occultes, dans la mesure où ces bénéfices doivent figurer dans le compte de profits et pertes à titre de recettes extraordinaires, mais cette dernière question n'est elle-même pas au-dessus de toute discussion ; v. aussi BERGER, *ZHR* 106 (1938), 35 ss.

(1) D'après les Motifs Officiels, ces dépenses sont les dépenses extraordinaires, sans compter les salaires, traitements et charges sociales.

(2) Les auteurs citent comme exemple le « secours d'hiver », v. p. ex. SCHLEGELBERGER et QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 77, note 20, pp. 341-342.

Voilà un résumé de cette institution entièrement nouvelle, dont il sera intéressant de voir l'application pratique.

266. — Pour permettre aux actionnaires, aux tiers, et aussi au ministère public de vérifier les traitements et tantièmes des administrateurs, le montant global en doit être signalé dans le rapport annuel de la Direction. Toutes les sommes reçues pour ou pendant l'exercice, y compris les pensions, retraites, etc., doivent être mentionnées séparément pour la Direction, le Conseil de Surveillance et, s'il y en a, les conseils que la Société a institués sous une dénomination quelconque pour assister les administrateurs officiels seuls reconnus par la loi, § 128, al. 2, n° 7. Cette prescription, qui n'est d'ailleurs qu'une précision du § 260 a, al. 3, n° 6, inséré au Code de commerce par la réforme de 1931, ne va peut-être pas encore assez loin, puisqu'elle ne vise pas les rétributions que les administrateurs ont touchées de la Société en d'autres qualités (experts techniques, avocats, etc.) et qui souvent sont indûment majorées. Il nous semble que le projet Auriol du 29 novembre 1937 a vu plus juste lorsqu'il propose d'éclairer l'Assemblée générale par un rapport spécial des commissaires énonçant « le montant total des sommes reçues au cours de l'exercice par les administrateurs, soit en cette qualité, soit à tout autre titre » (art. 2, al. 5).

b) *La Direction et son Président*

267. — La Direction et le Conseil de Surveillance ne sont pas du même rang. La Direction est l'organe supérieur, c'est du moins l'idée du législateur. Pour renforcer l'indépendance de la Direction, les statuts ne peuvent plus conférer l'élection à l'Assemblée générale ; c'est obligatoirement le Conseil de Surveillance qui nomme la Direction (§ 75 al. 1) (1). C'est aussi le Conseil de Surveillance qui

(1) C'est aussi le Conseil de Surveillance qui conclut avec les Directeurs le contrat d'engagement et représente à leur égard la Société,

révoque les Directeurs. Mais voici la grande réforme : la révocation n'est plus permise que s'il y a une raison grave (*ein wichtiger Grund*), § 75, al. 3, prop. 1 (1). La loi énumère quelques raisons graves : grosse négligence, incapacité ; mais la raison la plus importante, qui révèle la faiblesse de cette réforme, est indiquée dans les Motifs Officiels : « Si l'Assemblée générale a retiré à un Directeur sa confiance, par exemple en refusant le quitus, ce fait constitue toujours une raison grave. » Il semble même que, dans ce cas, le Conseil de Surveillance ait, non seulement le droit, mais aussi le devoir de prononcer la révocation, sous peine d'engager sa responsabilité. Ne faut-il pas aller encore plus loin et qualifier de raison grave les divergences de vues profondes et constantes entre le Conseil de Surveillance, élu des actionnaires, et un Directeur ? Tout dépendra de la jurisprudence, qui pourra rendre la Direction presque inamovible, mais aussi bien pourra presque maintenir la révocabilité *ad nutum*. En tout cas, la réunion dans les mains du Conseil de Surveillance du droit de nomination et de révocation des Directeurs peut entraîner ce résultat que la Direction, rendue plus indépendante vis-à-vis de l'Assemblée générale, — dont le contrôle n'était pourtant jamais fort à craindre pour cette raison déjà que l'Assemblée ne se réunit qu'une fois ou deux par an, — tombe dans la servitude du Conseil de Surveillance, organe plus permanent et, par le nombre plus réduit de ses membres, plus capable d'agir.

§ 97. Si, par suite de vacances, il manque des Directeurs nécessaires à la représentation de la Société, le Tribunal les nomme provisoirement à la demande d'un intéressé, § 76.

(1) Si le Directeur révoqué conteste l'existence d'une raison grave, la révocation est néanmoins provisoirement valable jusqu'à la décision du tribunal saisi du procès ayant force de chose jugée, § 75, al. 3, prop. 4. Cf. en France la discussion relative à l'art. 24, § 3, L. 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée : d'une part, contre une révocation extrajudiciaire, Rennes, 10 juillet 1931, S. 1932.II.33, note G. LAGARDE ; D. P. 1935.II.65, note critique A. CHÉRON ; mais pour une telle révocation Colmar, 2 juillet 1937, D. P. 1938.II.9, note A. CHÉRON ; Paris, 25 avril 1938, *Sem. Jur.* 1938, 765, note J. R.

268. — Les Directeurs sont nommés pour cinq ans au plus, § 75 al. 1. Le Code de commerce permettait leur nomination pour un temps indéterminé. On a changé cet état de choses, surtout en vue de faciliter la révocation. Nous avons déjà mentionné plus haut (p. 231) que la loi allemande accorde au Directeur révoqué le droit à la rémunération promise jusqu'à la fin du contrat. Naturellement, le contrat peut être résilié, par chaque partie, sans préavis et sans indemnité aucune, s'il existe un juste motif, § 626 C. civ. Mais la révocation arbitraire, loin de dégager la Société de ses obligations contractuelles, donne au Directeur révoqué un juste motif de réclamer une indemnité selon le § 628, al. 2, C. civ. Certes, d'après la Loi de 1937, la révocation doit, elle aussi, avoir une raison grave, mais la notion de raison grave n'est pas la même dans le § 75 de la Loi de 1937 et dans le § 626 C. civ. Dans le Code civ., ce terme signifie une faute ou incapacité de l'autre partie ; dans la Loi de 1937, l'expression vise également, d'après les Motifs Officiels, un vote de méfiance, peut-être injustifié, de l'Assemblée générale. Des cas sont donc possibles où la révocation, tout en étant valable d'après le § 75, ne résilie pas le contrat de louage de services avec le Directeur révoqué, et dans ce cas il importe que la Société n'ait à payer la rémunération que jusqu'à la fin d'un contrat qui ne peut avoir été conclu pour plus de cinq ans. En outre, la nomination à temps a cet avantage que le Conseil peut se débarrasser d'un Directeur en ne le réélisant pas, lorsqu'il a contre lui des griefs sérieux, mais qu'il est prudent de ne pas porter devant les tribunaux.

269. — La Direction se compose d'une ou plusieurs personnes, § 70, al. 2, prop. 1, suivant les statuts, qui doivent régler cette question, ou bien directement, ou bien en laissant pleine liberté au Conseil de Surveillance, § 16, al. 3, n° 5. S'il y a plusieurs Directeurs, le Conseil de Surveillance peut en choisir un comme Président, § 75, al. 2 (1).

(1) L'idée d'un Président à la tête de la Société, avec des attributions

A ce Président, le § 70, al. 2, prop. 2, donne le droit, non seulement de départager les voix en cas de division égale, mais même de décider contre tous les autres membres de la Direction. Cette réforme, proclamée sous le titre « institution du principe du chef dans le droit des sociétés », aurait été bouleversante, si le législateur n'avait pas ajouté heureusement « à moins d'une disposition contraire des statuts ». Ainsi le Président de la Direction n'est « chef » de l'entreprise qu'en cas de silence des statuts, et il est peu probable que les statuts restent muets sur ce point, de sorte qu'au fond rien n'a été changé parce que les statuts pouvaient toujours prévoir un Président de la Direction avec les prérogatives les plus étendues. Le Conseil de Surveillance peut révoquer le Président pour raison grave, sans le révoquer comme membre de la Direction, § 75, al. 3.

Comment sont prises les décisions de la Direction en l'absence d'un Président tout puissant ? Cette question est controversée. Les uns déduisent du § 71, al. 2, qui stipule qu'en cas de doute les Directeurs ne représentent la Société à l'égard des tiers que tous ensemble, qu'à défaut d'une clause statutaire l'unanimité est requise (1). Plus exacte nous semble l'opinion qui, par analogie du § 28 C. civ. relatif à la Direction d'une association, applique le principe de la majorité (2).

270. — « La Direction doit conduire (*leiten*) la Société sous sa propre responsabilité, ainsi que l'exige le bien de

spéciales, semble séduisante ; elle a trouvé accueil dans le projet Auriol, dont l'art. 1^{er} tend à compléter l'art. 22, L. 1867 par la disposition suivante : « Les administrateurs élisent parmi eux un président, qui convoque et préside le Conseil d'Administration, qui veille à l'exécution des décisions du Conseil, à la bonne gestion des affaires sociales et au respect des prescriptions légales et qui, à défaut d'une délégation spéciale donnée à une autre personne, représente la Société dans les actes civils et judiciaires. »

(1) SCHLEGELBERGER et QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 70, note 12.

(2) V. BOESEBECK, *JW* 1938, 2525 ss. avec beaucoup de références.

l'entreprise et de son personnel (littéralement : *Gefolgschaft*=suite) et l'intérêt commun du peuple et de l'Empire ». Par cette formule grandiloquente, le § 70, al. 1 définit les attributions de la Direction. Le contenu juridique de cette règle est modeste. En ce qui concerne le bien de l'entreprise, y compris les intérêts des actionnaires, que les Motifs officiels signalent expressément, le § 70, al. 1 contient une banalité. Pour ce qui est du personnel, du peuple et de l'Empire, nous avons déjà dit que c'est une confusion de représenter comme une règle spéciale du droit des sociétés les devoirs incombant à tout patron vis-à-vis de l'Etat et du personnel. Si la Direction d'une société par actions doit être particulièrement soucieuse de ses devoirs sociaux, c'est parce que les sociétés par actions sont des entreprises très grandes et que la responsabilité augmente naturellement avec l'importance de l'entreprise. Mais, au fond, ces devoirs n'ont aucun rapport avec la forme sociale, et le droit des sociétés ne contient d'ailleurs aucune sanction particulière pour ces devoirs. On n'a vraiment pas besoin d'affirmer que les obligations du droit public, ou découlant de la législation ouvrière, priment les intérêts privés. Aller plus loin et exiger que la Direction travaille pour les employés et ouvriers, voire pour l'Etat, au même titre que pour les actionnaires, c'est méconnaître que les Directeurs sont des administrateurs des biens des actionnaires. En ce qui concerne enfin tout particulièrement le personnel, on peut approuver la règle du § 77, al. 3, exigeant que les tantièmes des administrateurs soient proportionnels aux dépenses au profit du personnel, mais ces dépenses ne sauraient être décidées par la Direction sans la prudence nécessitée par le fait que la munificence s'exerce ici aux frais des actionnaires. En réalité, le § 70 dit seulement que la Direction doit gérer les affaires sociales avec la prudence et diligence nécessaires.

271. — L'emploi du terme « conduire » au lieu de « gérer » et l'expression « sous sa propre responsabilité » s'expliquent par des dispositions ultérieures : le Code de

commerce, § 235, obligeait la Direction à suivre les directives de l'Assemblée générale. Désormais le § 103, al. 2 interdit à l'Assemblée générale de se mêler de la gestion, à moins que son avis n'ait été demandé par la Direction (1). La Direction est donc plus libre que naguère à l'égard des actionnaires ; mais nous répétons qu'en revanche elle risque d'être plus inféodée au Conseil de Surveillance, qui a le droit de révoquer les Directeurs et de subordonner les actes les plus importants de la Direction à son agrément (V. *supra*, n° 259). Si la Direction sollicite une résolution de l'Assemblée générale sur une question concernant la gestion, conformément au § 103, al. 2, cette résolution lie la Direction, § 74, al. 1 ; elle la décharge de toute responsabilité vis-à-vis de la Société, § 84, al. 4, prop. 1, mais non pas à l'égard des créanciers, § 84, al. 5, prop. 3 (2), et elle peut servir à briser l'opposition du Conseil de Surveillance contre une mesure proposée par la Direction. Le Conseil, lui, ne peut pas libérer la Direction de sa responsabilité ; nous croyons que c'est là le sens des mots « sous sa propre responsabilité » au § 70, al. 1, mais la même idée est exprimée d'une manière plus précise au § 84, al. 4, prop. 2 (3).

272. — Gérer, c'est faire des actes juridiques et autres, surtout avec des tiers. La Direction a donc le pouvoir de représenter la Société, et c'est une particularité du droit allemand qu'en vue de protéger les tiers, l'étendue de ce

(1) L'Assemblée n'est pas tenue de répondre à cette demande ; elle peut refuser de statuer.

(2) Pour échapper à cette responsabilité, la Direction, lorsqu'elle trouve la résolution fautive et ne réussit pas à la faire annuler, peut démissionner ou, tout simplement, ne pas l'observer, quitte à se voir renvoyée ou condamnée à réparer le dommage éventuel causé ainsi à la société.

(3) Cette réglementation est logique, parce que le Conseil n'a pas à donner des ordres à la Direction ; toutefois, on ne peut imputer comme faute à la Direction qu'elle s'incline devant un veto du Conseil ; inversement, si la Direction passe outre à un tel veto, c'est toujours une faute et la Direction agit à ses risques et périls.

pouvoir est réglée d'une manière impérative par la loi, de sorte que les statuts ne peuvent la modifier que dans une mesure restreinte. La qualité de représentants légaux appartient aux Directeurs seuls, à la différence des membres du Conseil de Surveillance (sauf vis-à-vis de la Direction même). Ce pouvoir donne aux Directeurs une certaine puissance incontestable. En effet, le Conseil de Surveillance peut bien subordonner tels ou tels actes à son agrément ; le refus de cet agrément n'empêche pas les Directeurs d'agir, § 74, al. 2, et la seule sanction contre les Directeurs agissant ainsi est une responsabilité accrue et éventuellement la révocation. Même la mauvaise foi des tiers n'affecte pas la validité de l'opération, à moins qu'il ne s'agisse d'un véritable concert frauduleux au préjudice de la Société. Il en est autrement dans les seuls cas où la Loi même subordonne le droit d'agir de la Direction au concours d'autres organes, et encore est-il parfois douteux que ce concours soit requis *ad validitatem* (1).

273. — Le pouvoir de représenter appartient à « la Direction », c'est-à-dire, en principe, à l'ensemble de tous les Directeurs, § 71, al. 2 (2). Mais la Direction peut déléguer à tel ou tel membre le droit de passer, au nom de la Société, certains actes ou genres d'actes. Tout membre de la Direction a qualité pour recevoir les déclarations que les tiers font à la Société (offres, etc.). En outre, les statuts peuvent élargir le pouvoir des membres individuels et, en particulier, ordonner, ou autoriser le Conseil de Surveillance à ordonner, que chaque ou tels ou tels membres aient la signature sociale seuls ou avec un procuriste, § 71, al 3. En revanche, il est impossible d'exclure un

(1) Nous rappelons que la réponse négative semble exacte, par exemple, en ce qui concerne l'émission d'actions nouvelles sur le capital autorisé (§§ 170-171), l'émission d'obligations convertibles et d'autres titres du § 174, la conclusion de contrats de transferts d'actif au sens du § 255, mais que l'affirmative s'impose en ce qui concerne les opérations du § 256 (communauté de bénéfices, etc.).

(2) Cf. par contre, en France, l'art. 1857 C. civ.

membre de la Direction complètement du droit de représenter la Société, chaque membre doit avoir au moins le droit de signer avec tous les autres (1). Toutes ces dispositions statutaires, ou édictées par le Conseil de Surveillance, doivent naturellement être déclarées par la Direction aux fins d'immatriculation au Registre du Commerce, de même que tout changement dans la composition de la Direction, § 74.

274. — Les Directeurs n'obligent pas seulement la Société en vertu de leurs actes juridiques mais aussi par leurs actes illicites. Chaque Directeur est un représentant statutaire au sens du § 31, C. civ. (2), qui engage, par les faits dommageables commis dans l'exercice de ses fonctions, la Société, sans préjudice de sa responsabilité personnelle. En droit allemand, cette responsabilité de la Société est plus sévère que celle pour les préposés en général (régulée dans les §§ 278 et 831 C. civ.). Une clause d'irresponsabilité dans les Statuts est sans effet, § 40, C. civ.; une telle clause dans un contrat avec un tiers est possible, mais s'il s'agit d'un Directeur, qui est un « organe » de la

(1) Le § 72, qui cependant ne comporte pas de sanction, ordonne que la signature se fasse par l'adjonction du nom personnel du Directeur à la raison sociale ou à la dénomination de la Direction.

(2) Le § 31 C. civ. concerne les associations, mais il est appliqué par analogie aux sociétés commerciales, v. *supra*, n° 56. Sur la notion du « représentant statutaire », v. Trib. d'Emp., 9 mars 1938, *RGZ* 157, 228 (234-237); la Société peut en avoir d'autres que les Directeurs, p. ex. les chefs de succursales. Sur la jurisprudence française, qui arrive pratiquement au même résultat, v. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Paris 1930, n° 501, pp. 694-697. Trib. com. Seine, 5 octobre 1930, conf. par Paris, 16 février 1933, D. P. 1936.II.121, exige cependant que la faute soit commise par les administrateurs au su de l'Assemblée générale, solution inacceptable, qui est pourtant approuvée par M. PIC dans sa note sous cet arrêt, p. 124; précisément, dans ladite espèce, il s'agissait de la violation, par les administrateurs, du droit de souscription des actionnaires, violation qui, à notre avis, met en jeu la seule responsabilité de la Société, le droit de souscription étant une sorte de créance contre la Société, de même que le droit au dividende annuel ou de liquidation après leur fixation; la Société répond de l'inexécution de cette créance, libre à se retourner contre les administrateurs coupables.

Société, dont les fautes sont considérées comme fautes personnelles de la Société, il est impossible d'exclure la responsabilité pour dol, le droit allemand (§ 276. al. 2, C. civ.), aussi bien que le droit français, interdisant de se libérer d'avance des conséquences de sa propre mauvaise foi (1). La portée du § 31 C. civ. a cependant été diminuée par la jurisprudence, qui exige que le Directeur ou autre représentant statutaire ait agi dans le cadre de ses pouvoirs, de sorte que la Société n'est pas tenue lorsque le représentant a causé un préjudice parce qu'il a créé, par des manœuvres dolosives, l'apparence d'avoir le pouvoir nécessaire (2). Dans ce cas, seul le représentant est tenu, d'après les règles du droit commun sur la responsabilité de celui qui agit sans pouvoir au nom d'autrui (§ 179 C. civ.).

275. — Quelques auteurs allemands et, séduits par eux, plusieurs critiques étrangers ont fait beaucoup de cas de la prétendue primauté de la Direction sur les autres organes de la Société, qui aurait été introduite par la nouvelle Loi allemande. En réalité, la réforme n'est guère profonde. L'Assemblée Générale a gardé le droit de ratifier l'élection des Directeurs — l'élection même avait été, en pratique, presque toujours confiée au Conseil de Surveillance, déjà sous le Code de commerce (3) — et de les chasser, puisqu'elle peut refuser le quitus et forcer par ce vote de méfiance, le Conseil à les révoquer (4). L'Assemblée Géné-

(1) Cf. Trib. d'Emp., 9 mars 1938, *RGZ* 157, 228 (232).

(2) Trib. d'Emp., 22 déc. 1931, *RGZ* 134, 377 (un des directeurs avait imité, dans ce cas, la signature de l'autre). *Contra*, cf. Paris, 24 janv. 1938, *Rec. Jur. Soc.* 1938, 712, note J. R. ; cet arrêt judiciaire nous semble en contradiction flagrante avec le jugement du Trib. com. Seine, critiqué dans l'avant-dernière note 323 ; cf. aussi Paris, 7 juin 1938, *Gaz. Pal.*, 9 octobre 1938.

(3) De même qu'en France, où également, malgré le texte de l'art. 22, L. 1867, l'Assemblée ne choisit pas les administrateurs, mais se borne en général à ratifier la cooptation du Conseil d'administration.

(4) C'est au moins l'opinion des Motifs officiels. Il est vrai que le Conseil de surveillance aura désormais un certain pouvoir d'appréciation et pourra négliger un vote de méfiance d'une majorité de surprise dans une Assemblée mal fréquentée, assoupissement qui nous semble d'ailleurs justifié.

rale ne s'est jamais beaucoup occupée de la gestion. L'interdiction de le faire est justifiée par le manque de compétence des actionnaires normaux (1). Il suffit qu'ils gardent le droit de donner ou refuser le quitus pour chaque exercice. De même, il est raisonnable que le Conseil puisse révoquer les Directeurs, mais seulement pour une raison grave. Si une telle raison existe, il faut qu'on n'attende pas une Assemblée Générale pour sévir. D'autre part, on ne peut donner au Conseil le droit de révoquer *ad nutum*, sous peine d'en faire le maître et supérieur de la Direction, ce qui est incompatible avec la répartition des responsabilités. Ici également, le dernier mot reviendra d'ailleurs souvent à l'Assemblée Générale. Comment, en effet, les choses se passeront-elles en pratique ? Si le bien fondé de la révocation est manifeste, le Directeur donnera lui-même sa démission. Dans les autres cas, le Conseil convoquera après la révocation, qui en raison de son effet immédiat met le Directeur hors d'état de nuire davantage, une Assemblée Générale, pour lui faire émettre un vote de méfiance, qui sera allégué en justice au lieu du vrai motif dont la discussion publique peut être désavantageuse pour la réputation et le crédit de la Société ; c'est une substitution de motifs admise par la jurisprudence. Si l'Assemblée n'approuve pas la révocation, le Conseil ne pourra guère la maintenir et sera même amené à donner lui-même sa démission. L'Assemblée Générale reste donc arbitre entre la Direction et le Conseil de Surveillance, rôle que lui assigne également le § 103, al. 2, permettant à la Direction de solliciter une résolution sur une question relative à la gestion. Ainsi, l'Assemblée conserve une certaine influence comme garante de l'indépendance de la Direction contre un Conseil de Surveillance trop ambitieux. Mais les garanties les plus sûres de l'indépendance de la Direction seront, comme naguère, le fait que l'Assemblée n'exerce un contrô-

(1) Dans l'arrêt du 14 novembre 1933, *RGZ* 142, 219 (222), le Trib. d'Emp. avait déjà déclaré que l'Assemblée ne pourrait pas usurper la gestion.

le que de loin en loin et le pouvoir illimité de représenter la Société.

La déchéance de l'Assemblée Générale au profit de l'Administration, qui existe dans la Loi de 1937, ne concerne pas la gestion, mais le calcul et l'emploi des bénéfices, sujet dont nous parlerons plus loin.

c) *Le Conseil de Surveillance*

276. — L'influence du Conseil de Surveillance n'a pas cessé d'augmenter. Il se réunit beaucoup plus souvent que l'Assemblée Générale et est composé de personnes qualifiées et puissantes par leurs relations, qui sont d'ailleurs souvent Conseillers de Surveillance, Directeurs ou hauts fonctionnaires d'autres entreprises. Sous le Code de commerce, qui laissait aux statuts pleine liberté de régler les rapports entre la Direction et le Conseil, celui-ci fut souvent investi d'un rang supérieur à la Direction. C'était, au fond, logique, car celui qui surveille doit être en principe supérieur au surveillé, à moins que la surveillance ne soit purement technique. Toutefois, cette situation, où la surveillance dégénère facilement en immixtion, est incompatible avec la règle légale d'après laquelle c'est la Direction qui est en première ligne responsable de la gestion ; elle est en outre dangereuse. A la différence des Directeurs, qui sont obligés de par la Loi de consacrer toute leur activité à la Société, les membres du Conseil de Surveillance, précisément parce qu'ils sont souvent des « hommes de liaison », ne représentent pas toujours l'intérêt de la Société et de ses actionnaires, mais parfois des intérêts distincts, voire contraires. C'est donc avec raison que la Loi de 1937 a réagi contre la déformation du rôle du Conseil. Mais, nous l'avons déjà dit, la réaction est assez faible (1). Au fond, les rapports

(1) Pour montrer la prépondérance du Conseil, nous reproduisons ici une clause que nous avons trouvée dans les statuts d'une société allemande, après la modification en vue d'adaptation à la nouvelle loi, en octobre 1937 : « Le nombre des directeurs est fixé par le Conseil de surveillance, qui les nomme pour un an. Le Conseil de surveillance

entre le Conseil et la Direction, ainsi que ceux entre le Conseil et la Direction, d'une part, et l'Assemblée Générale, d'autre part, seront toujours plutôt une question de fait que de droit.

277. — Les membres du Conseil sont élus par l'Assemblée Générale (1). Ils peuvent être révoqués *ad nutum*, mais, règle curieuse, à moins d'une dérogation statutaire, seulement par une majorité des $\frac{3}{4}$ des voix émises, § 87, al. 2. On comprendrait mieux, au lieu de cette disposition, qui se trouvait déjà dans le Code de commerce (§ 243, al. 4), la condition d'un certain quorum pour la révocation, pour éviter les révocations par des majorités de hasard. Les membres du Conseil sont élus pour cinq ans au plus, le § 87, al. 1, dit, d'une manière plus précise : « Aucun membre ne peut être choisi que jusqu'à la fin de l'Assemblée Générale délibérant sur le quitus pour le quatrième exercice après l'élection, l'exercice de l'élection n'étant pas compris dans ce délai » (2). Le nombre minimum des membres du Conseil est de trois. Pour empêcher la création de Conseils trop grands, incapables de travailler, et pour éveiller le sens de la responsabilité des membres, la Loi de 1937 a fixé aussi un nombre maximum, variant selon le capital social, indice de l'importance de l'entreprise ; ce nombre

règle la distribution des affaires entre les Directeurs et peut édicter un règlement intérieur de la Direction. La Direction a besoin de l'autorisation du Conseil de surveillance pour les opérations suivantes :..... (suit une longue liste d'opérations) ».

(1) Si le Conseil a, pendant plus de trois mois, moins de membres qu'il en a besoin pour prendre une résolution, le Tribunal nomme les membres nécessaires sur la demande de la Direction, d'un membre du Conseil ou d'un actionnaire. La Direction est obligée de faire la demande, sous peine d'amende commerciale. Les Directeurs et membres du Conseil de surveillance encourent même la pénalité du § 297, n° 1 (prison jusqu'à trois mois), si, par leur faute, ils n'empêchent pas que cette situation dure plus de trois mois. Le Tribunal révoque les Conseillers ainsi nommés, si l'Assemblée a pourvu à la vacance, § 89.

(2) Le premier Conseil de surveillance, nommé par les fondateurs, ne survit pas à la première Assemblée délibérant sur le quitus, qui a lieu un an après l'immatriculation de la Société. Il peut être révoqué à la majorité simple des voix, § 87, al. 3.

maximum est de 7 pour les sociétés ayant un capital allant jusqu'à 3.000 RM, de 12 pour celles ayant un capital supérieur allant jusqu'à 20 millions RM, et de 20 pour les sociétés dont le capital dépasse ce chiffre ; toutefois, le ministre de l'Economie Nationale peut dispenser de cette limitation, d'accord avec le ministre de la Justice et les autres ministres intéressés, § 86, al. 1.

278. — Une situation à part est faite aux Conseillers délégués, innovation de la Loi de 1937. Le § 88 permet en effet que les statuts autorisent des actionnaires déterminés, ou les titulaires de certaines actions déterminées, à envoyer des personnes de leur choix au Conseil de Surveillance. Le nombre total des membres de ce genre ne doit pas être supérieur à 1/3 du Conseil. Le déléguant peut révoquer les membres qu'il a envoyés et les remplacer à tout moment par d'autres. Ces droits ne peuvent être octroyés qu'aux titulaires d'actions nominatives dont le transfert est soumis à l'agrément de la Société ; c'est la seule prime à la nominativité connue du droit allemand. Si la personne d'un membre délégué fournit un juste motif de révocation, la Société peut la faire prononcer par le Tribunal, même contre la volonté du déléguant, pourvu que la demande émane d'au moins 1/10^e du capital social (1). Si la raison d'être du membre délégué a cessé, par exemple si le déléguant n'est plus actionnaire, l'Assemblée peut le révoquer à la simple majorité des voix.

279. — A la différence du Code de commerce, la Loi de 1937 contient quelques règles sur l'organisation intérieure du Conseil. Le Conseil choisit parmi ses membres un Président et au moins un suppléant (*Stellvertreter*), § 92, al. 1.

(1) La révocation est prononcée dans ce cas par le tribunal cantonal, § 145, al. 1. L. sur la juridiction gracieuse, modifié par le §, 26, n° 3, L. d'Introduction de 1937. Puisqu'il s'agit ici d'une procédure de juridiction gracieuse, aucune instance contentieuse n'est donc possible comparable à celle qui peut suivre la révocation d'un Directeur pour raison grave.

Ces personnes jouent surtout un rôle lors de l'immatriculation de certaines délibérations particulièrement importantes de l'Assemblée Générale (augmentation et réduction du capital, etc.) pour lesquelles le Code de commerce prescrivait le concours de tous les Directeurs et membres du Conseil de Surveillance, tandis que la Loi de 1937 se contente de la déclaration faite par la Direction (c'est-à-dire le nombre de Directeurs requis pour représenter la Société) et le Président du Conseil de Surveillance ou son suppléant. Pour cette raison, la Direction doit déclarer au Registre les noms du Président et du suppléant, de sorte que le Tribunal puisse vérifier plus tard la qualité des signataires (1). En outre, le Président ou son suppléant certifie les procès-verbaux des séances du Conseil, § 92, al. 2. Le Président convoque le Conseil et dirige les séances (2), mais sa voix n'est décisive que s'il s'agit de l'exercice du droit du Conseil de demander à la Direction un rapport sur les affaires de la Société, § 95, al. 2, prop. 2 (v. *infra*, n° 281).

280. — Le Conseil est convoqué par le Président, soit de son gré, soit sur la demande d'un membre ou de la Direction, § 94, al. 1. Si la demande, qui doit indiquer la raison et l'objet de la convocation, n'a pas eu de suite pendant deux semaines, les requérants peuvent eux-mêmes convoquer le Conseil ; lorsque la demande émane d'un seul membre du Conseil, celui-ci ne peut cependant rien faire, mais la responsabilité du Président est engagée, § 94, al. 2. Si aucun membre ne s'y oppose, la décision du Conseil peut être prise sans séance et par écrit, § 92, al. 3. Le § 93 interdit la participation aux séances de toute personne qui n'est ni membre du Conseil ni Directeur, à l'exception

(1) Il ne s'agit pas ici d'une déclaration *aux fins d'immatriculation*, la légalisation des signatures n'est donc pas requise, v. Cour de Berlin, 22 juin 1938, *JW* 1938, p. 2281, n° 16, note GROSCHUFF.

(2) Le Président prépare et exécute naturellement les décisions du Conseil ; en pratique, il a très souvent la présidence de l'Assemblée générale. Son nom doit figurer avec ceux des Directeurs sur les lettres d'affaires de la Société, § 100.

bien entendu des experts et autres personnes convoquées en vue de donner des informations. De même, les séances des commissions que le Conseil peut former dans son sein, § 92, al. 4, et auxquelles, d'après les Motifs Officiels, le Conseil peut même déléguer quelques-unes de ses attributions, ne sont ouvertes qu'aux membres du Conseil, et les statuts ou le Président en peuvent même exclure ceux qui ne sont pas membres de la commission, § 93, al. 2. Ces règles rigoureuses sont édictées — disent les Motifs Officiels — en vue d'empêcher toute fraude à la limitation légale du nombre des membres du Conseil. En revanche, le § 93, al. 3, prévoit que les statuts peuvent autoriser la participation de non membres munis d'un pouvoir écrit par un membre. Ces mandataires (en vérité il s'agit plutôt de messagers que de vrais mandataires) peuvent surtout déposer les bulletins de vote que leur ont confiés les membres empêchés. Le Président et ses suppléants ne peuvent naturellement pas se faire remplacer de cette manière.

281. — L'attribution du Conseil de Surveillance est, ainsi que le dit son nom, de surveiller la gestion, § 95, al. 1. Cette expression est assez vague ; une interprétation rigoureuse pourrait en conclure que les directeurs doivent rendre des comptes au Conseil chaque jour, et pour chaque opération. Tel n'en est naturellement pas le sens. Mais la Loi ne veut pas non plus de la pratique fréquente jusqu'en 1931, où le Conseil se bornait à se réunir une ou deux fois par an, pour recevoir un rapport sommaire. Les §§ 95, al. 2 et 3, et 81 reprennent les dispositions essentielles de la réforme de 1931 : la Direction doit faire périodiquement un rapport, au moins tous les trois mois, et, en outre, référer au Président du Conseil ou à son suppléant de chaque événement grave, § 81 ; le Conseil peut demander un rapport particulier sur toutes les affaires, y compris les relations avec les entreprises du Konzern, à tout moment où il le juge utile ; tout membre peut même demander un rapport au Conseil, mais cette demande d'un ou plusieurs membres individuels n'est obligatoire pour

la Direction que si elle est appuyée par le Président du Conseil, § 95, al. 2. Si la Direction ne fait pas le rapport auquel elle est obligée, le Conseil s'adressera au juge cantonal, qui peut sévir par des amendes commerciales, § 303, al. 2. Un rapport inexact n'engage pas seulement la responsabilité civile, mais aussi la responsabilité pénale, § 296, al. 1, n° 1 (prison).

Le Conseil peut réclamer également que la Direction lui permette de scruter les livres et documents de la Société, ou de les faire vérifier par des experts (1), ainsi que la caisse, le portefeuille, etc., § 95, al. 3.

Le Conseil a le droit et le devoir de convoquer l'Assemblée Générale si cela lui semble opportun, § 95, al. 4, et de lui présenter un rapport, en particulier, sur le bilan et sur le rapport annuel de la Direction dont nous parlerons plus loin, § 96.

282. — Nous avons déjà signalé que le § 95, al. 5, tout en interdisant au Conseil de se mêler de la gestion, permet de subordonner certains actes de la Direction à son agrément, mais que l'absence de cet agrément n'a, en règle générale, pas d'effet à l'égard des tiers. Le Conseil n'est en effet pas représentant légal de la Société, sauf s'il s'agit de contracter avec les Directeurs ou de mener contre eux les procès décidés par l'Assemblée ou, même contre la volonté de l'Assemblée, les procès que le Conseil juge nécessaires pour dégager la responsabilité d'un de ses membres, § 97. Puisque les membres du Conseil ne représentent pas la Société vis-à-vis des tiers, ils ne sont pas déclarés aux fins d'inscription au Registre du Commerce ; il suffit que leurs noms soient publiés dans les journaux de la Société et que cette annonce soit déposée au Registre, § 91.

Il en est pourtant autrement dans un cas inséré dans le Code de commerce (§ 240 a) par la réforme de 1931 : il s'agit des crédits aux Directeurs de la Société ; ces prêts sont, de droit, soumis à l'agrément formel du Conseil, qui, en

(1) Mais la vérification par experts n'est permise que si ceux-ci ont une mission précise.

donnant cet agrément, doit fixer les intérêts et la date de remboursement (1) ; la violation de cette règle n'entraîne pas seulement la responsabilité du Directeur coupable, des autres Directeurs et des membres du Conseil qui se sont rendus complices, mais aussi la nullité de l'opération et le devoir de restituer immédiatement la somme empruntée, sous réserve d'une ratification après coup par le Conseil. Cette prohibition ne s'applique pas seulement aux Directeurs de la Société, mais également aux représentants légaux d'une entreprise dépendante ou dominante (2), aux époux, enfants mineurs et à toute personne interposée de ces personnes. Le § 80 de la Loi de 1937 a encore renforcé le § 240 a du Code de commerce, en assimilant aux Directeurs et aux représentants légaux les employés supérieurs, c'est-à-dire. § 80, al. 1, prop. 2, les gérants et chefs de sections qui peuvent décider eux-même sur l'embauchage ou le débau-chage des autres employés, ainsi que les procuristes et représentants généraux. La loi précise expressément que cette prohibition vise tous les prélèvements dans la caisse sociale supérieurs à la rémunération due ; seules les avances qui ne dépassent pas le traitement mensuel en sont dispensées. Cette réglementation rigoureuse est intéressante, puisqu'il y a des tendances pareilles en France. En effet, le projet Pernot (3), veut interdire, dans son art. 4, al. 1, à tout administrateur « d'emprunter personnellement ou par personne interposée aucune somme à la Société, ou de faire garantir par elle des engagements personnels ».

(1) Pour certaines opérations de crédit déterminées, ou un genre déterminé de ces opérations, l'agrément peut être donné d'avance, mais pour trois mois au plus. Les crédits soumis au § 80 figurent, avec leur montant global, dans un poste séparé, au bilan, § 131, al. 1, III, 10.

(2) Les crédits à un représentant légal d'une entreprise dominante doivent être agréés non pas par le Conseil de surveillance de la Société, mais par le Conseil, ou l'organe analogue, de ladite entreprise.

(3) Doc. C. 1935, n° 4502, p. 87. La sévérité de ce projet est d'ailleurs excessive ; il n'y a rien à dire contre les prêts à un administrateur accordé au su et sous le contrôle des autres.

d) *La responsabilité des Administrateurs*

283. — La responsabilité des administrateurs est une des matières qui intéressent le plus les praticiens. De même qu'en France, elle a donné lieu en Allemagne à beaucoup de discussions à la suite de scandales retentissants. Mais avec raison les législateurs se sont abstenus dans les deux pays de réformes trop hardies et se sont occupés plutôt de prévenir les irrégularités, surtout par l'institution des commissaires-experts. L'action en dommages-intérêts vient presque toujours trop tard, et elle ne sert pas à grand chose, parce que le préjudice dépasse de beaucoup la fortune des coupables ; en outre, cette action est souvent abusive et vexatoire. Toutefois, la matière est digne du plus grand intérêt, précisément du point de vue comparatif, puisqu'elle révèle quelques différences caractéristiques entre le droit allemand et le droit français.

284. — De même qu'en France (art. 44, L. 1867), il faut partir en Allemagne du droit commun. Les principes sont les mêmes dans les deux pays. Les administrateurs répondent, d'une part, vis-à-vis de la Société, de toute faute, en vertu du contrat (mieux peut-être : en vertu de leurs fonctions, car la responsabilité existe même si le contrat est nul) ; d'autre part, à l'égard des tiers, y compris les actionnaires, suivant les règles sur la responsabilité quasi-délictuelle.

Mais voici deux premières particularités du droit allemand au préjudice de l'actionnaire individuel : 1°) La jurisprudence a toujours poussé en Allemagne l'idée de la personnalité juridique de la Société jusqu'à cette conséquence que seule la Société comme telle, serait-ce sur la demande d'une minorité déterminée d'actionnaires, pourrait exercer l'action sociale ; il n'existe donc pas d'exercice individuel de l'action sociale. La même tendance existait en France, où on aboutissait à ce résultat par l'insertion fréquente, dans les statuts, de clauses gênant l'exercice individuel de l'action sociale, mais l'art. 4 du décret-loi du

31 août 1937 a mis fin à cette pratique, en complétant l'art. 17 de la loi de 1867 par un second alinéa déclarant nulles et non écrites toutes clauses de ce genre. La différence entre la loi allemande et la loi française est donc plus grande que jamais ; 2° Il n'existe pas en Allemagne de règle sur les délits civils aussi générale que les art. 1382 ss. C. civ. français. Nous avons déjà signalé, dans le chapitre sur l'achat par la Société de ses propres actions (n° 174 sous f), que le droit allemand ne connaît de responsabilité délictuelle sous réserve de quelques hypothèses particulières, qu'en cas de lésion de certains biens énumérés dans la loi ou d'un droit absolu, de violation d'une loi destinée à la protection de la victime, et en cas de préjudice causé d'une manière dolosive et contraire aux bonnes mœurs. L'action individuelle est donc elle aussi plus difficile qu'en France. Cette différence semble cependant s'atténuer un peu, à en juger d'après un arrêt récent dont nous parlerons plus loin (1).

285. — La Loi règle la responsabilité des Directeurs dans le § 84, et celle des membres du Conseil de Surveillance dans le § 99, mais § 99 est seulement un renvoi au § 84. Le § 84, al. 1^{er} pose le principe général, qui va de soi, que les Directeurs doivent observer la diligence d'un « Directeur bon et consciencieux » et garder le silence sur les informations confidentielles. L'alinéa 2, prop. 1, ajoute que la violation de leurs devoirs oblige les Directeurs aux dommages-intérêts vis-à-vis de la Société.

Cette définition de l'action sociale serait sans intérêt s'il n'y avait pas en outre, dans le texte, le mot « solidairement » et une deuxième proposition ainsi libellée : « Ils doivent prouver qu'ils ont observé la diligence d'un Directeur bon et consciencieux ». La loi allemande édicte donc, à la différence de la loi française, une présomption de faute et de solidarité contre les administrateurs. Cette présomp-

(1) Trib. d'Emp., 5 mars 1938, RGZ 157, 213.

tion n'est pas une invention de la Loi. Elle a été développée par la jurisprudence (1), ce qui est d'autant plus remarquable que la jurisprudence allemande, de même que la jurisprudence française, considère l'obligation des administrateurs de bien gérer comme une obligation de moyen et non pas comme une obligation de résultat, et qu'elle charge en principe le créancier de la preuve de l'inexécution d'une telle obligation. Mais, en notre matière, elle s'est inspirée de cette idée — qui a amené, en France, M. LESACHÉ à proposer du moins une présomption de solidarité des administrateurs — que l'administration dispose des archives de la Société et qu'il lui est donc plus facile de faire la preuve de son innocence qu'à la Société de faire la preuve de la culpabilité (2). Cette application de la vieille règle « *probatio incumbit facilius probanti* » ne dispense d'ailleurs pas le demandeur de démontrer ce que M. LESACHÉ appelle « la faute », en vérité un fait ou une omission des administrateurs et le préjudice qui en est résulté pour la Société. Aux administrateurs de prouver qu'ils n'ont pas pu ou dû agir autrement, de sorte que le fait ou l'omission ne peut être qualifié de faute. Les membres du Conseil de Surveillance auront l'excuse plus facile, parce qu'il suffit qu'ils démontrent que la surveillance qu'on peut équitablement exiger d'eux a été effectuée ou n'aurait pas empêché le mal. De même qu'en France (3), chaque administrateur ne répond que de sa propre faute — qui peut naturellement être une faute de surveillance, — mais non pas des fautes des autres ou des employés.

286. — En principe, la loi allemande ne fait aucune distinction entre la violation de la loi et des statuts, d'une

(1) V. p. ex. Trib. d'Emp., 29 mai 1934, *RGZ* 144, 348 (352), concernant les devoirs d'un membre du Conseil de Surveillance lors de la constitution ; Trib. d'Emp., 11 mai 1938, *AkZ* 1938, 561, concernant l'administration d'une coopérative.

(2) *Doc. S.* 1932, n° 826, p. 1190.

(3) Cf. Req., 1^{er} déc. 1931, D. P. 1933.I.89, note HAMEL ; Civ., 28 février 1938, Req., 1^{er} mars 1938, *Rec. Jur. Soc.* 1938, 699, note J. R.

part, et les fautes de gestion proprement dites, d'autre part. Toutefois, l'al. 3 du § 80 dit que les Directeurs sont « notamment responsables » lorsqu'ils commettent une des huit illégalités énumérées dans cet alinéa. Une énumération analogue se trouvait déjà dans le § 241 C. com., et son sens était discuté. Il semble qu'elle exprime d'abord cette idée que les administrateurs doivent veiller avec un soin particulier à ce que lesdites illégalités soient évitées, et ensuite que, lorsqu'elles ont été commises, non seulement la faute, mais aussi le préjudice se présument. Il s'agit en effet de paiements et autres prestations illicites (restitution de mises, dividendes fictifs, achat de propres actions, émission d'actions au porteur non libérées, distribution d'actifs, versements après l'insolvabilité, crédits prohibés, etc.), où il y a *prima facie* une perte nette (1).

287. — Dans quelle mesure les administrateurs inculpés peuvent-ils s'abriter derrière l'approbation de leurs actes par les autres organes ? Une action ou omission dictée par une résolution légale (c'est-à-dire prise dans le cadre de sa compétence et qui n'est entachée ni de nullité ni d'annulabilité) de l'Assemblée générale ne donne jamais lieu à une responsabilité vis-à-vis de la Société. Cela est naturel, parce que l'Assemblée est l'organe par excellence des actionnaires qui forment la Société, et que les administrateurs sont tenus d'obéir aux injonctions légales de l'Assemblée. Par contre, les Directeurs ne peuvent se prévaloir d'un agrément du Conseil de Surveillance. Le Conseil de Surveillance n'a rien à ordonner, ses conseils ne sauraient dégager les Directeurs d'aucune responsabilité. Le § 84, al. 4, prop. 2, ne parle pas du *veto* du Conseil ; si les statuts ou le Conseil ont subordonné un acte de la Direction à l'agrément du Conseil, et si celui-ci le refuse, il semble

(1) Suivant Trib. d'Emp., 30 novembre 1938, *RGZ* 159, 211, les administrateurs poursuivis en vertu de l'al. 3 doivent prouver que le préjudice réel est inférieur au montant indûment déboursé ou non perçu et que toute éventualité d'une augmentation ultérieure est définitivement écartée.

qu'un tel *veto*, qui lie la Direction, doit aussi la décharger, bien entendu vis-à-vis de la Société seulement.

Une fois la faute commise, la Société, c'est-à-dire l'Assemblée générale, peut-elle la couvrir ? L'abus des *quitus* annuels, — si bien dépeint par M. LESACHÉ dans son excellent rapport au Sénat dans la séance du 14 décembre 1932 (1), — a provoqué la prohibition générale de renoncer ou transiger avant cinq ans à partir de la naissance de l'action en dommages-intérêts (seule exception : le responsable est insolvable et conclut un concordat en vue d'éviter ou de faire cesser la faillite, § 84, al. 4, prop. 4).

Ce délai passé, l'action sera généralement prescrite, parce que l'alinéa 6 fixe le délai de prescription également à cinq ans. La renonciation ou transaction est néanmoins subordonnée à une décision de l'Assemblée générale, qui peut être empêchée par une minorité de 1/5^e du capital social. En outre, une minorité de 1/10^e, parfois même de 1/20^e, peut contraindre la Société à exercer l'action en responsabilité, ainsi que nous l'exposerons plus loin. Le § 84, al. 3 s'inspire donc des mêmes idées qui ont guidé quelques mois plus tard le gouvernement français lorsqu'il a ajouté, par le décret-loi du 31 août 1937, à l'art. 17 de la loi de 1867, les alinéas 3 à 5. Pratiquement, la réforme allemande est moins grave, parce que les administrateurs n'ont pas à craindre l'exercice individuel de l'action sociale.

288. — Parmi les tiers qui peuvent souffrir des fautes des administrateurs, une situation à part est réservée aux créanciers de la Société. A défaut d'une règle spéciale, ils n'auraient presque jamais de recours contre les administrateurs, puisqu'il n'existe pas beaucoup de lois destinées à leur protection au sens du § 823, al. 2, C. civ., et que l'on ne peut guère prouver aux administrateurs qu'il aient voulu ou même seulement prévu l'insolvabilité de la Société comme suite de leur faute, et ainsi agi de mauvaise foi au sens du § 826 C. civ.

(1) *Doc. S.* 1932, n° 826, p. 1191.

Or, refuser aux créanciers toute action contre les administrateurs serait injuste, alors surtout que leur dommage consiste dans l'insuffisance de l'actif social pour les désintéresser, hypothèse exceptionnelle, mais particulièrement grave. Le § 84, al. 5 accorde donc aux créanciers une action directe contre les administrateurs, dans la mesure où ils ne peuvent obtenir satisfaction de la Société. Le § 241, al. 4 C. com. avait donné ce droit dans les seuls cas énumérés à l'al. 3. La loi de 1937 a étendu la responsabilité envers les créanciers aux fautes de gestion non énumérées au § 84, al. 3 (qui correspond au § 241, al. 3 C. com.), à condition que ces fautes soient des fautes graves ; les administrateurs peuvent donc se défendre contre les créanciers en prouvant qu'ils n'ont pas commis une faute lourde. L'action directe des créanciers sera surtout pratique dans la faillite de la Société ; pour assurer l'égalité des créanciers, son exercice est confié au syndic. Elle se distingue quand même d'une action intentée pour la Société, car aucune renonciation ni transaction ne lui est opposable, — peu importe qu'une telle renonciation ou transaction ait été valablement contractée par la Société, — ni même le fait que l'action ou l'omission reprochée ait été ordonnée par l'Assemblée générale.

Nous avons déjà signalé plus haut (n° 271) le conflit de devoirs qui peut résulter de cette règle du § 84, al. 5, prop. 3, pour les Directeurs : d'une part, ils sont tenus d'obéir à l'Assemblée générale, d'autre part, cette obéissance à une injonction dont ils prévoient les conséquences nocives engage leur responsabilité envers les créanciers. Les Motifs officiels prétendent que la seule obéissance à une résolution de l'Assemblée générale légalement prise ne saurait leur être imputée comme faute par les créanciers. Cette interprétation nous semble difficile à concilier avec le texte. Les rédacteurs du § 84 ont simplement copié la prop. 3 de l'al. 5 sur le § 241, al. 4, prop. 2 C. com., en ajoutant seulement au mot « renonciation » le terme « transaction », et après « l'acte a été commis en vertu d'une résolution de l'Assemblée générale » les termes « ou a été approuvé

par le Conseil de Surveillance ». Ils ne semblent pas avoir exactement apprécié la portée de la réforme. Sous le Code de commerce, seules les illégalités d'ordre public énumérées dans l'al. 3 engageaient les administrateurs envers les créanciers, et toute résolution de l'Assemblée générale tendant à les couvrir était par conséquent entachée de nullité. Désormais, les administrateurs répondent de toute faute lourde dans la gestion. Une interprétation rigoureuse de la prop. 3 peut cependant avoir l'effet heureux de faire réfléchir les Directeurs avant qu'ils s'adressent à l'Assemblée générale pour lui demander son avis sur une question concernant la gestion, d'après le § 103, al. 2. Ils devront se rendre compte que, si le juge estime plus tard que telle ou telle opération a constitué une faute lourde, le vote de l'Assemblée ne les sauve pas devant les créanciers. Ainsi ils seront amenés à ne soumettre à l'Assemblée que les questions vraiment douteuses. En tout cas, les Directeurs sont tenus aussi bien envers les créanciers qu'envers la Société, s'ils ont commis une faute par la convocation même de l'Assemblée (p. ex. parce que l'affaire était urgente), ou en informant l'Assemblée d'une manière défectueuse. Le *veto* du Conseil de Surveillance, dont on a ici également oublié de parler, exclut à notre avis la faute lourde.

289. — Les actionnaires, qui n'ont à leur disposition que l'action quasi-délictuelle, ne doivent pas seulement démontrer leur préjudice et le rapport de cause à effet entre l'acte incriminé des administrateurs et ce préjudice, mais aussi, autrement que la Société ou ses créanciers, la faute de l'administrateur poursuivi. Cette preuve est d'autant plus difficile que, d'après les §§ 823, al. 2, et 826 C. civ., il ne suffira pratiquement presque jamais de prouver la faute simple, mais qu'il faudra presque toujours prouver la mauvaise foi. Il est vrai que le § 823, al. 2 oblige aux dommages-intérêts quiconque viole par sa faute une loi destinée à la protection d'autrui, et qu'il n'exige pas une faute qualifiée. Les lois destinées à la protection des action-

naires sont cependant rares. Ce sont en premier lieu quelques dispositions pénales du 4^e livre de la Loi, qui toutes ne répriment que des actes commis de mauvaise foi.

Dans la pratique, on distingue surtout deux hypothèses : à part quelques cas spéciaux, les actionnaires souffrent des fautes des administrateurs, ou bien parce qu'ils ont acquis leurs actions alléchés par l'apparence de prospérité de la Société qui se révèle plus tard fausse, ou bien parce que la valeur des actions baisse à la suite de la mauvaise gestion.

Dans la première hypothèse, l'actionnaire peut poursuivre les administrateurs, s'il fait la preuve difficile qu'il a été amené à l'acquisition des actions ou au paiement du prix surélevé de celles-ci par des affirmations fausses faites sciemment par les administrateurs, soit dans les déclarations au Registre du commerce lors de la constitution ou de l'augmentation du capital ou de la continuation d'une société en liquidation, soit dans le rapport annuel ou dans d'autres informations données à l'Assemblée générale ou dans le règlement de comptes ; dans ce cas l'actionnaire n'a pas besoin de prouver que l'administrateur coupable a pensé aux dommages qui pourraient en résulter pour les actionnaires et surtout les acquéreurs d'actions. En effet, les règles pénales des §§ 295 et 296, n^{os} 1 et 2, sont destinées à protéger les actionnaires au sens du § 823, al. 2 C. civ. (1). Dans l'arrêt du 5 mars 1938, le Trib. d'Emp. a précisé que, même si le premier acquéreur (souscripteur) connaissait la fraude, un acquéreur ultérieur de la même action qui en est victime a un recours contre les adminis-

(1) Les n^{os} 3 à 6 du § 296 concernent l'émission illicite de titres ; ces délits, ou bien ne portent aucun préjudice aux actionnaires, (parce que les titres sont quand même valables), ou bien entraînent la responsabilité personnelle des administrateurs d'après les règles particulières des §§ 34, 158, 164 et 170. Les règles sur la convocation de l'Assemblée en cas de perte de la moitié du capital et sur la demande en faillite, § 83, sont également destinées à la protection des actionnaires et des créanciers, cf. Trib. d'Emp., 5 juin 1935, *JW* 1935, 3302 ; de même le § 101 (*v. supra*, n^o 118) et, semble-t-il, les règles sur la convocation et la tenue de l'Assemblée Générale, dont nous parlerons plus loin.

trateurs coupables, « car celui qui, par sa faute, viole une loi de protection doit indemniser toute personne à la protection de laquelle cette loi est destinée » (1).

290. — Il en est autrement dans la seconde hypothèse. Dans cette hypothèse, le préjudice de l'actionnaire est la suite d'un préjudice de la Société, tandis que dans la première hypothèse la Société peut n'avoir eu aucun préjudice. Or la possibilité d'une action individuelle basée sur un tel dommage indirect a été très discutée (2). L'arrêt du 5 mars 1938 a tranché cette controverse en faveur de l'actionnaire : l'actionnaire peut toujours réclamer des dommages-intérêts, s'il prouve que l'administrateur s'est rendu compte que son acte va peut-être nuire aux actionnaires. En effet, l'administrateur cause dans ce cas un dommage à l'actionnaire d'une manière contraire aux bonnes mœurs et avec un dol au moins éventuel (3). Toutefois, cette action sur la base du § 826 C. civ. pré-suppose que l'administrateur n'a pas seulement sciemment négligé ses devoirs, mais aussi qu'il a pensé aux actionnaires, et que l'ensemble de sa conduite est immoral, ce qui n'est peut-être pas toujours le cas. Aussi est-il avantageux de fonder la demande plutôt sur le § 294 de la loi, qui menace de la prison et de la déchéance des droits civiques, dans les cas graves même de la réclusion, les administrateurs agissant sciemment au détriment de la Société. Ce paragraphe est lui aussi une loi de protection au sens du § 823, al. 2 C. civ., mais seulement en faveur des personnes qui sont déjà actionnaires

(1) *RGZ* 157, 217-218.

(2) *Contra* p. ex. SCHLEGELBERGER et QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 84, note 29, p. 378 *in fine*. En France, la jurisprudence n'admet pas une telle action individuelle, mais cela n'a plus aucune importance depuis le décret-loi du 31 août 1937 qui a assimilé l'action sociale à l'action individuelle.

(3) *RGZ* 157, 219-220. Il peut donc arriver que l'administrateur doive payer deux fois : une fois à l'actionnaire, ensuite à la Société. Mais il se libère, en règle générale, à l'égard de l'actionnaire, lorsqu'il paie d'abord à la Société et répare ainsi le dommage qui a donné lieu à la dépréciation des actions.

au moment du délit, ainsi que le relève le Tribunal d'Empire au début de son important arrêt du 15 mars 1938 précité (1).

291. — Le système allemand de la responsabilité des administrateurs est très différent du droit actuel français. L'action sociale, dont l'exercice est strictement réservé à la Société (même le mandataire de la minorité prévu au § 122, al. 2 de la loi agit au nom de la Société), est facilitée en revanche par un renversement du fardeau de la preuve, tandis que la jurisprudence française reste fidèle à la vieille règle « *probatio incumbit actori* » et ne concède que la condamnation solidaire lorsque la délimitation de la part prise par chaque administrateur dans la faute commune, qui doit au préalable être démontrée y compris l'élément psychologique, n'est pas nettement définie. Nous croyons que la solution allemande est préférable. Elle correspond d'ailleurs exactement à la proposition LESACHÉ (2), à cette petite différence près, qui résulte de la division en Allemagne des administrateurs en Directeurs et Conseillers de Surveillance, que ceux-ci peuvent s'excuser plus facilement que ceux-là (3). Les objections contre cette simple règle de preuve faites au nom d'on ne sait quel principe sacré par des juristes éminents (4) ne sont pas pertinentes. Toutefois, ce n'est pas un hasard que la loi allemande ne connaît pas l'exercice individuel de l'action sociale. La présomption de faute deviendrait en effet dangereuse, si tout actionnaire ou tiers quelconque pouvait s'en prévaloir pour gêner les administrateurs, peut-être dans un but de chantage. Nous croyons donc que la proposition LESACHÉ est allée trop loin en édictant cette pré-

(1) *RGZ* 157, 216.

(2) *Doc. S.* 1932, n° 286, p. 1190.

(3) En outre, l'information de l'Assemblée Générale de la faute commise (dernière condition de justification, aux termes de l'art. 44 al. 2 de la proposition) n'est pas requise en Allemagne.

(4) Cf. surtout DECUGIS, *J. Soc.* 1935, 1 ss., et dans la discussion du rapport CARABIER à la Soc. Lég. Comp., *Bull. Soc. Lég. Comp.* 1935, 138 ss.

somption également au profit de tout actionnaire et des tiers (1).

Il faut remarquer que la loi allemande ne connaît pas de présomption de faute irréfutable. Cette idée, d'introduire la responsabilité objective, fut lancée pendant les travaux préparatoires, mais tout de suite abandonnée. Les rapports de l'Académie du Droit allemand et les Motifs officiels la repoussent avec les mêmes arguments que l'on trouve dans le rapport de M. LESACHÉ contre la proposition DELAHAYE (2) : incompatibilité avec le principe même de la société anonyme, injustice, éloignement des éléments les plus sérieux et les plus conscients de leurs responsabilités parmi les administrateurs.

En ce qui concerne les droits des actionnaires (3), le droit allemand est moins bien équilibré et pourrait prendre exemple sur le droit français. Le cadre des §§ 823, al. 2, et 826 C. civ. est trop étroit. Qu'ils doivent rapporter la preuve d'une faute, cela est naturel : mais pratiquement les actionnaires doivent presque toujours prouver le dol, et cela est exagéré. Lorsqu'il s'agit de fautes commises à une

(1) La loi allemande n'est pas seulement très différente de la loi française, mais aussi de l'image qu'on se fait parfois de la loi allemande en France. Ainsi elle n'a presque rien de commun avec le projet PERNOT (*Doc. Ch.* 1935, n° 4502, p. 87), prétendument inspiré d'idées allemandes. En effet, à la base de ce projet, se trouvent deux idées totalement inconnues du droit allemand, et d'ailleurs peu heureuses à notre avis : 1° la présomption de faute s'applique aux membres du Comité de Direction et non pas aux autres administrateurs, c'est-à-dire qu'il n'existe qu'une présomption de faute de gestion et non pas une présomption de faute de surveillance ; 2° quelques illégalités réputées particulièrement graves engagent la responsabilité de tous les administrateurs, sans possibilité, semble-t-il, de disculpation. Ce projet a imité également la loi allemande en rendant obligatoire le « Comité de Direction », mais il a omis — ce qui donne à la Direction en Allemagne son utilité et son indépendance — le pouvoir illimité et exclusif de représenter la Société. Pour proportionner la responsabilité, la distinction obligatoire entre les Directeurs et les autres administrateurs n'est pas indispensable, il suffit que le juge apprécie le rôle de chaque administrateur.

(2) *Doc. S.* 1932, n° 826, p. 1189.

(3) Les règles sur les créanciers sont suffisantes, la limitation de leur action subsidiaire contre les administrateurs aux cas de faute lourde (qui est présumée) est justifiée.

époque où la victime était déjà actionnaire et où il existait donc déjà un « lien de fidélité » entre elle et l'administrateur, il convient d'assimiler au dol la faute lourde, sinon la faute tout court. En revanche, la nouvelle jurisprudence du Tribunal d'Empire, qui permet à l'actionnaire de récupérer des administrateurs le préjudice subi par la dépréciation de ses actions, lorsque cette dépréciation est due aux pertes de la Société causées par l'administrateur, entraînera des cumuls de responsabilité inutiles. Ne serait-il pas plus logique de donner, dans un tel cas, à l'actionnaire une véritable action sociale, c'est-à-dire une action en paiement à la Société de l'indemnité nécessaire pour réparer la perte subie par elle, cause du préjudice de l'actionnaire ? (1). C'est la solution de l'art. 755 du Code des Obligations suisse, révisé par la loi du 18 décembre 1936, et elle paraît être la bonne.

§ 2. — L'Assemblée Générale

a) Composition, Convocation, Tenue

292. — En France, il y a deux sortes d'assemblées générales : les assemblées ordinaires et les assemblées extraordinaires, y compris les assemblées constitutives, des art. 27, al. 2, et 31 de la Loi de 1867. En effet, ces assemblées ne se distinguent pas seulement par leur objet, mais aussi par les règles qui régissent leur composition : chaque actionnaire a le droit de prendre part aux assemblées extraordinaires, tandis que les statuts peuvent subordonner à la possession d'un certain nombre d'actions (dont le maximum est réglé par la loi du 13 novembre 1933, art. 1^{er}, al. 4, n° 2, texte du 30 octobre 1935), l'admission aux assemblées

(1) Ce qu'on appelle en France l'action sociale exercée individuellement est en réalité une action individuelle, puisque la jurisprudence la restreint, d'une part, à l'intérêt personnel de l'actionnaire, qu'elle autorise, d'autre part, par conséquence logique, à toucher personnellement l'indemnité, v. Req., 6 août 1894, Péramy, D. P. 1895.I.114 ; le décret-loi du 31 août 1937 a supprimé les dernières différences.

ordinaires. En outre, le quorum légal est plus élevé dans les assemblées extraordinaires, art. 30 et 31, Loi 1867. En Allemagne, ces distinctions sont inconnues. Chaque actionnaire a accès à toute assemblée générale ; en outre, le même droit a été donné par la Loi de 1937 aux administrateurs même non actionnaires (mais sans droit de vote), § 102, al. 2. Un quorum n'est jamais prescrit par la loi, sauf dans l'assemblée constitutive du § 30, al. 9, qui est rare en pratique ; mais les statuts peuvent prévoir un quorum, § 113, al. 1. Pratiquement, le droit des petits actionnaires de venir à l'Assemblée est sans importance, parce qu'ils n'en font guère usage. L'absence d'un quorum légal facilite la modification des statuts et est peut-être une des raisons pour lesquelles les actions à vote plural ont pu se répandre en Allemagne encore plus qu'en France.

293. — L'Assemblée est convoquée par la Direction. Pour éviter toute querelle sur la régularité de la convocation provenant de doutes relatifs à la composition de la Direction (par exemple on conteste la validité du choix d'un Directeur ou on prétend qu'il a résigné ses fonctions), la Loi de 1937 déclare qualifiée la Direction telle qu'elle est immatriculée au Registre du commerce, § 105, al. 1. En outre, l'Assemblée peut et doit être convoquée par le Conseil de Surveillance si l'intérêt de la Société le requiert, § 95, al. 4. Les statuts peuvent autoriser encore d'autres personnes (par exemple le Président du Conseil de Surveillance) à convoquer l'Assemblée. La Direction est obligée de convoquer l'Assemblée au moins une fois par an, pour délibérer sur le quitus et le dividende. Le § 104, al. 1, prescrit que cette Assemblée doit se tenir dans les cinq premiers mois de l'exercice ; les statuts peuvent réduire ce délai, mais ils ne peuvent l'étendre à plus de 7 mois. Les statuts peuvent prévoir encore d'autres cas de convocation (1). En tout cas, la loi réserve le droit de

(1) Sur la convocation en cas de perte de la moitié du capital, v. *supra*, n° 220.

réclamer la convocation à une minorité de $1/20^e$ du capital, § 106, al. 2 à 4 ; nous exposerons plus loin ce droit minoritaire (*infra*, n° 319).

294. — A la différence du droit français (1), la Loi de 1937 règle les détails de la convocation d'une manière encore plus minutieuse que ne l'avait fait le Code de commerce. La convocation doit énoncer la raison sociale et la date, ainsi que le lieu de l'Assemblée ; elle doit être publiée dans tous les journaux de la Société, § 105, al. 2. La violation de cette règle entraîne la nullité absolue de l'Assemblée, § 195, n° 1. Le délai de convocation est de deux semaines au moins, § 107, al. 1 (2). La règle, jurisprudentielle en France, d'après laquelle l'Assemblée ne peut statuer que sur un ordre du jour communiqué d'avance, est précisée dans le § 108 : le but général de l'Assemblée doit être indiqué dans la convocation même, et les points particuliers au moins une semaine avant l'Assemblée (avant la date limite pour le dépôt des actions, si un tel dépôt est requis) ; ce délai est de deux semaines, lorsque la décision doit être prise à une majorité qualifiée. Seule la délibération sur une proposition faite dans l'Assemblée de convoquer une autre assemblée n'a pas besoin d'être annoncée, de même naturellement que les débats sans résolution. En revanche, la révocation d'un membre du Conseil de Surveillance doit toujours être annoncée ; celle d'un Directeur ne rentre plus dans les compétences de l'Assemblée, mais il appartiendra au Conseil de Surveillance et au juge d'apprécier si un vote émis contre un Directeur présente, dans les circonstances de l'espèce, une raison grave qui rend légitime ou même obligatoire la révocation. Quelquefois la loi spécifie que tel ou tel point doit figurer expressément dans l'ordre du jour ; ainsi il ne

(1) Cf. Rennes, 10 juillet 1931, D. P. 1935.II.65, note A. CHÉRON.

(2) Si les statuts subordonnent l'exercice du droit de vote au dépôt des actions jusqu'à une certaine date avant l'Assemblée (v. *infra*, n° 299), les actionnaires doivent avoir deux semaines pour effectuer le dépôt, § 107, al. 2.

suffit pas d'écrire simplement « augmentation du capital », si l'on veut faire agréer des apports en nature (§ 150, al. 1, prop. 2) ou exclure le droit de souscription (§ 153, al. 4). Dès la convocation, tout actionnaire peut réclamer une copie des résolutions proposées (1). En outre, le § 109 donne à tout actionnaire le droit d'exiger, contre le dépôt d'une action au siège social, qu'on lui communique par lettre recommandée, la convocation (2) et l'ordre du jour, ainsi que les résolutions prises à l'Assemblée ; les membres du Conseil de Surveillance ont cette prérogative de plein droit.

295. — Sur la tenue de l'Assemblée, la Loi édicte trois groupes de dispositions.

Elle a introduit d'abord une réforme intéressante : à moins d'une clause contraire des Statuts, l'Assemblée doit se réunir ou bien au siège social, ou bien au siège de la Bourse allemande où les actions sont cotées, § 105, al. 3.

Le deuxième groupe concerne le procès-verbal. Sous peine de nullité absolue de l'Assemblée, le procès-verbal, qui contient les résolutions de l'Assemblée et les protestations des actionnaires dissidents, doit être authentique, pour assurer le plus possible sa véracité, § 111. Le procès-verbal doit énoncer la date et le lieu de l'Assemblée, le nom du juge ou du notaire qui le rédige et qui doit souscrire l'instrument (en pratique c'est toujours un notaire), enfin le mode et le résultat du scrutin (nombre des voix pour et contre), ainsi que la proclamation du Président (adoptée ou non). Le § 259 C. com. ne mentionnait pas la proclamation du Président, qui est cependant décisive, encore que la comparaison avec le résultat du scrutin puisse justifier plus tard une annulation de la résolution, le Président s'étant par exemple trompé sur le nombre

(1) Cf. l'art. 31, al. 6 de la Loi de 1867, texte de la Loi du 13 avril 1935, qui malheureusement ne s'applique qu'aux assemblées extraordinaires de l'art. 31.

(2) Cf. l'art. 35, al. 4 de la Loi de 1867, texte du 30 octobre 1935 (convocation par lettre des actionnaires dont les titres sont nominatifs).

des oui ou non, ou sur la majorité requise, ou sur la validité de telle ou telle voix. La Direction doit déposer une copie légalisée du procès-verbal, avec pièces annexes, au Registre du commerce (§ 111, al. 5), sous peine d'amendes commerciales, § 14 C. com.

Le § 110 spécifie que la feuille de présence énonçant les noms et domicile des actionnaires présents ou représentés et de leurs représentants, ainsi que le montant total de leurs actions de chaque catégorie, doit être certifiée par le Président et communiquée aux actionnaires avant la première mise aux voix. Les fausses indications sont punies d'une amende pénale, § 300, n° 4 ; elles peuvent en outre entraîner l'annulation de l'Assemblée.

On sait que la feuille de présence a joué un certain rôle dans les discussions sur la réforme de la loi française et que le décret-loi du 31 août 1937, art. 5, a modifié un peu son régime par une petite retouche à l'al. 3 de l'art. 28 de la Loi de 1867. Ce décret n'a cependant pas tranché la question capitale, qui est de savoir si les actionnaires peuvent prendre copie de la feuille, le terme « communiqué » de l'art. 28 étant équivoque. M. LESACHÉ (1) en espère une facilitation du groupement des minorités. Les expériences allemandes sont décevantes ; les actionnaires ne font guère usage de la faculté du § 9, al. 2 C. com. de demander une copie des pièces déposées au Registre du commerce, parmi lesquelles se trouve la feuille de présence de l'Assemblée, qui en effet doit être jointe comme pièce annexe au procès-verbal aux termes du § 111, al. 3.

b) *Les droits de l'actionnaire dans l'Assemblée Générale : le droit d'être informé et le droit de vote (exercice et abus)*

296. — Le § 102, al. 1, qui préface dans la Loi le chapitre sur l'Assemblée Générale, proclame que les action-

(1) Doc. S. 1932, n° 826, p. 1184. La pratique actuelle du Trib. Com. Seine est incertaine, v. d'une part 15 novembre 1938, D. H. 1939, 112, d'autre part 20 novembre 1938, D. H. 1939, 32.

naires exercent leurs droits relatifs aux affaires de la Société dans l'Assemblée Générale, à moins qu'une règle légale n'en dispose autrement. En principe, les actionnaires n'ont pas d'autres droits de coadministration que ceux qu'ils ont dans l'Assemblée Générale. Quel sont ces droits auxquels se concentre donc toute l'attention ? Il y a deux droits principaux (1) : le droit d'être informé et le droit de vote.

Le droit de vote est le droit primordial ; le droit d'information est en première ligne un droit auxiliaire pour permettre un vote éclairé ; mais il est inexact de lui contester toute indépendance ; il est légitime d'exercer le droit d'information dans le seul but de savoir s'il ne vaut pas mieux vendre les actions. Le droit d'information appartient à tout actionnaire, même s'il n'a pas le droit de vote (par exemple aux actionnaires qui n'ont pas libéré leurs actions, § 114, al. 2, et surtout aux titulaires des actions privilégiées sans droit de vote, § 115). Il est vrai que l'actionnaire sans droit de vote, auquel on refuse l'entrée à l'Assemblée ou l'information réclamée, ne peut faire annuler l'Assemblée, puisqu'en règle générale il n'existe pas de lien de cause à effet entre la violation de son droit et la résolution prise, mais il peut demander des dommages-intérêts aux responsables, les règles sur l'accès à l'Assemblée Générale et sur les droits dans l'Assemblée Générale étant des lois de protection pour les actionnaires au sens du § 823, al. 2 C. civ.

297. — Le § 112 donne à tout actionnaire le droit de demander à la Direction, dans l'Assemblée Générale, d'être mis au courant d'après les principes d'une reddition de comptes « consciencieuse et fidèle » sur les affaires de la Société connexes à l'objet du débat et sur les rapports de la Société avec les « entreprises du Konzern » (2). Ce droit

(1) Les autres droits inclus dans le droit d'assistance à l'Assemblée sont le droit de parler, de faire des propositions et surtout le droit de protester sur lequel nous reviendrons *infra*, n° 334.

(2) V. *supra*, n° 94. Une information inexacte ou incomplète donnée

a fait couler beaucoup d'encre. Le problème est en effet délicat. D'une part, il faut donner à l'actionnaire la possibilité de s'informer avant de voter ; d'autre part, il faut éviter que la concurrence, par le truchement d'un actionnaire, apprenne les secrets de l'entreprise et qu'un actionnaire chicanier gêne l'Assemblée Générale par d'innombrables questions inutiles (1). Le Code de commerce était muet sur la question. La jurisprudence considérait le droit d'information comme appartenant, non pas à l'actionnaire individuel, mais à l'Assemblée tout entière. En cas de refus par la Direction de l'information demandée, seule l'Assemblée pouvait contraindre la Direction à répondre. Elle ne le faisait jamais. Il est vrai que la jurisprudence reconnaissait à l'actionnaire le droit d'attaquer en justice la décision de la majorité de ne pas le soutenir. Mais le succès de son action était subordonné à la preuve que la majorité avait commis un abus de droit en s'inspirant de mobiles purement égoïstes (2). Autant dire que ce moyen était purement théorique.

A la suggestion de l'Association allemande des Avocats, le projet de 1930 donna le droit de poser des questions à tout actionnaire. D'après ce projet, la Direction ne peut refuser la réponse que « dans l'intérêt supérieur de la Société ou de la communauté » (voilà la fameuse clause de protection) (3). Mais pour vérifier le bien-fondé du refus, une autorité judiciaire avait été prévue ; pour empêcher que, par la procédure devant elle, ne soient divulgués les secrets que précisément la Direction voulait garder par

par faute même légère engage la responsabilité civile du Directeur et de la Société ; en cas de mauvaise foi, la responsabilité pénale du Directeur, § 296, al. 1, n° 1 (prison, déchéance des droits civiques ; si le cas est grave, réclusion) ; en outre, la résolution prise sur la base de cette information est annulable.

(1) V. HACHENBURG, note 33, pp. 44-46.

(2) Cette jurisprudence était loin d'être claire, et les Motifs Officiels de la Loi de 1937 parlent avec raison d'une situation contradictoire et insupportable.

(3) La Loi de 1937 a ajouté « l'intérêt supérieur d'une entreprise en cause » (*eines beteiligten Unternehmens*).

son refus, la Direction ne devait communiquer ses raisons qu'au juge, celui-ci étant tenu au secret professionnel (1).

Cette procédure compliquée n'a pas été accueillie favorablement. Le projet de 1931 n'en parle plus. Il n'oblige la Direction à donner une réponse que lorsqu'elle est exigée par 1/10^e du capital. Le droit d'information était devenu un droit minoritaire. Mais on avait laissé subsister la clause de protection, même vis-à-vis des questions posées par la minorité, sans préciser qui en serait le juge, de sorte que la vraie difficulté était restée entière.

En septembre 1931, la question semblait trop controversée pour être tranchée par voie de décret-loi.

Le législateur de 1937 l'a résolue à sa manière. La proposition finale du § 112 laisse le dernier mot à la Direction. Il est même douteux que l'opinion des Motifs Officiels soit partagée par les tribunaux, opinion d'après laquelle, en cas d'abus de droit commis par la Direction, l'actionnaire peut demander l'annulation des résolutions prises à la suite du refus de la Direction. En tout cas, cette sanction et les autres sanctions éventuelles (responsabilité civile de la Direction et de la Société) d'un refus injustifié ne pourront être appliquées que dans les rares cas où il est manifeste, d'après la nature même de la question, que la réponse n'aurait pu léser aucun intérêt supérieur.

298. — De même qu'en France (2), le droit de vote est un attribut nécessaire et inséparable de l'action (3). Mais cela ne signifie pas que tout actionnaire peut toujours exercer ce droit. Nous avons vu plus haut qu'en règle générale l'exercice n'en commence qu'après la libération complète des actions, § 114, al. 2. En outre, la Loi alle-

(1) V. la même idée dans l'art. 11 de la Loi française, sur la procédure de conciliation et d'arbitrage, du 4 mars 1938, *J. O.*, p. 2570 (2571).

(2) V. Civ., 7 avril 1932, D. P. 1933.I.153, note CORDONNIER ; S. 1932.I.177, note H. ROUSSEAU ; *Giurisprudenza Comparata di Diritto Commerciale*, etc., Rome, 1937, 1932, n° 3, observations de M. LAGARDE, note de M. R. GOLDSCHMIDT.

(3) Sur l'égalité (mieux : proportionnalité) du droit de vote, v. *supra*, n° 99.

mande connaît, à la différence du droit français, « l'obstacle des oppositions d'intérêts ». M. LESACHÉ a voulu introduire cette restriction du droit de vote dans la Loi de 1867 (1). L'exemple de l'Allemagne peut cependant servir de leçon que cette idée, à première vue très raisonnable, est difficile à traduire dans la pratique. Le § 252, al. 3 C. com. était très catégorique et refusait l'exercice du droit de vote, même au nom d'un tiers, lorsque la résolution concernait le quitus ou la libération de l'actionnaire d'un engagement, ou un contrat ou un procès avec lui. Cette règle est restée lettre morte, au moins en ce qui concerne les contrats et procès. On donnait à l'administration, d'avance, les pouvoirs les plus étendus pour éviter que jamais l'Assemblée soit amenée à statuer sur un contrat ou procès avec un actionnaire. Au lieu de renforcer le droit de contrôle des actionnaires, ladite disposition l'affaiblissait plutôt. Cette réaction était d'ailleurs naturelle : si le contrat ou le procès concerne un actionnaire faisant partie du groupe détenant la majorité des actions, il est illogique de lui interdire sa participation au vote et de mettre ainsi peut-être la décision entre les mains de la minorité, qui est aussi suspecte de partialité que la majorité. Si la décision de la majorité n'est pas justifiable, qu'on l'annule pour abus de droit ; mais il est inadmissible d'intervertir les rôles de la majorité et de la minorité. La Loi de 1937 a donc bien fait de limiter la restriction du droit de vote aux trois cas suivants : quitus, libération d'un engagement, exercice d'une action contre l'actionnaire, § 114, al. 5. On peut même avoir des doutes sur l'opportunité de la restriction ainsi limitée. Est-il en effet juste qu'un actionnaire-Directeur qui possède la moitié du capital représenté dans l'Assemblée puisse se voir refuser le quitus par une « majorité » comprenant juste le quart de ce capital ? Lorsqu'il prévoit ce danger,

(1) *Doc. S.* 1932, n° 826, p. 1180. Sur le droit français actuel, v. *Civ.*, 29 juillet 1925, *Journ. Soc.* 1926, 408 ; *Rev. Soc.* 1926, 20 ; *S.* 1925.I.241, note LYON-CAEN ; *D. P.* 1926.I.17, note A. CHÉRON.

le Directeur tournera l'alinéa 5 en cédant ses actions à des amis ; la validité de l'Assemblée sera douteuse parce que les adversaires pourront peut-être prouver le caractère non sérieux ou frauduleux de la cession ; cette incertitude n'est pas profitable à la Société (1).

299. — Dans quelle mesure les statuts peuvent-ils multiplier les restrictions du droit de vote ? L'al. 7 du § 114 permet de réglementer les conditions et les formes de l'exercice de ce droit. En ce qui concerne les formes, aucune difficulté sérieuse. Au contraire, la question de savoir ce que la Loi entend sous « conditions » a déjà soulevé des doutes. Ainsi, une société connue (2) a décidé dans l'assemblée convoquée en vue d'adapter les statuts à la nouvelle Loi, d'introduire une forte limitation des voix dont peut disposer un actionnaire ; pour éviter que l'actionnaire tourne cette limitation, le § 20 des statuts autorise la Direction à demander à tout porteur d'actions une déclaration écrite qu'il n'exerce pas le droit de vote en violation directe ou indirecte de cette limitation (par exemple en qualité de prête-nom). Jusqu'ici, le § 20 est encore dans le cadre du § 114, al. 1, prop. 3, et al. 7. Mais sa légalité devient douteuse, lorsqu'il sanctionne le refus de ladite déclaration par la perte du droit de vote dans l'Assemblée (3). En effet, cette sanction frappe les actions même si elles n'atteignent pas la somme limite, et les prive donc complètement du droit de vote, qui leur est essentiel aux termes des §§ 12, al. 1, prop. 1, et 114, al. 1, prop. 1. Le fait qu'on ait quand même inséré une

(1) L'exercice du droit de vote en violation des restrictions du § 114 est puni d'amende jusqu'à 100.000 RM, de même que la remise des actions à un tiers en vue de tourner ces restrictions, § 300, n° 3.

(2) Il s'agit de la Société Schering A. G. ; v. *Frankfurter Zeitung*, Handelssteil, du 1^{er} août 1937, n° 386, où la licéité de la limitation est mise en doute, mais à tort à notre avis, la Loi allemande admettant ces clauses sans réserve du moins avant le décret du 22 décembre 1938. Pour la loi française, v. l'art. 31, al. 2, prop. 2, Loi 1867.

(3) V. la note de M. Kl. DREWES, *Frankfurter Zeitung*, Handelssteil, 14 octobre 1937.

telle clause, entachée à notre avis de nullité absolue, en invoquant le § 114, al. 7, prouve que cet alinéa n'est pas facile à interpréter.

Même les clauses usuelles, visées sans doute possible par l'al. 7, telles que la prescription d'un dépôt préalable des titres, de cartes d'entrée, etc..., ne laissent pas se soulever des doutes (1). La possibilité de subordonner l'exercice du droit de vote au dépôt des titres est prévue par la Loi même, dans le § 107, al. 2 et 3, où il est précisé qu'en tout cas est suffisant le dépôt chez un notaire ou une « banque collectrice de valeurs » (2), et qu'à défaut d'une clause de dépôt tout actionnaire doit être admis au vote qui se présente jusqu'au 3^e jour avant l'Assemblée. La Loi ne parle cependant de la clause de dépôt que par rapport à l'exercice du droit de vote. Mais cette clause peut-elle restreindre également, vise-t-elle peut-être même en cas de doute, l'entrée à l'Assemblée et l'exercice du droit d'information ? Les §§ 108, al. 2, et 125, al. 6, parlent bien du cas où « l'accès à l'Assemblée » est soumis au dépôt, mais cette expression est peut-être une faute de rédaction, car ces passages ne visent manifestement pas d'autre clause que le § 107, al. 2 (3). Il y a beaucoup de bonnes raisons de soutenir que les droits d'écouter, de discuter, de poser des questions et de protester contre des illégalités éventuelles sont tellement fondamentaux qu'à défaut d'une permission légale non équivoque, les statuts ne les sauraient restreindre par l'exigence de formalités (4).

(1) Des doutes sérieux existent également en France en raison des termes très généraux du décret-loi du 31 août 1937, art. 10, modifiant l'art. 4 de la Loi du 13 novembre 1933, v. DALSACE, *Du droit des actionnaires de participer aux assemblées générales*, Gaz. Pal., 3 juin 1938.

(2) L'art. VI, § 20, du 1^{er} décret d'application précise : « Une banque collectrice de valeurs (*Wertpapiersammelbank*) désignée conformément au § 1^{er} de la Loi sur le Dépôt et l'achat de valeurs, du 4 février 1937 (*Bull.*, I, p. 171). »

(3) Le § 298 menace de la prison, de la déchéance des droits civiques, et dans les cas particulièrement graves de la réclusion, le faux, la falsification et l'usage de faux relatifs aux certificats de dépôt, en parlant de « certificats destinés à prouver le droit de vote ».

(4) L'opinion dominante permet les mêmes formalités que pour le droit

300. — En règle générale, la plupart des actionnaires ne viennent pas à l'Assemblée. Ils n'envoient pas non plus de mandataires, encore que la Loi facilite ce procédé en prescrivant que la Société doit se contenter d'un pouvoir écrit (ni authentique, ni légalisé) qui reste déposé au siège social, § 114, al. 3 (1).

Dans la discussion au sein de la Société de Législation Comparée, M. DEUGIS a rendu responsable de l'absentéisme des actionnaires en France le taux exagéré des droits de timbre et d'enregistrement pour les pouvoirs, certificats de dépôts, etc... (2). Nous ne croyons pas que le fisc soit le principal responsable de cet absentéisme, que nous ne trouvons d'ailleurs pas aussi déplorable que M. DEUGIS. En Allemagne, les droits de timbre ou d'enregistrement n'existent pas ou sont très réduits, les actionnaires n'en désertent pas moins l'Assemblée, puisqu'ils se considèrent avec raison plutôt comme bailleurs de fonds que comme associés (3). Il ne faut pas, pour cette raison, préconiser la suppression des Assemblées Générales. Il y a toujours quelques actionnaires importants qui s'y intéressent vraiment et qui n'ont aucun autre organe pour contrôler l'emploi, par l'administration, des capitaux qu'ils ont confiés à la Société. En outre, en temps de crise, l'affluence aux assemblées est considérable, et la simple possibilité de tout actionnaire de jeter un coup d'œil sur la gestion et de voter contre les modifications statutaires et autres réfor-

de vote, v. LEHMANN, § 255, note 5, p. 60 b ; SCHLEGELBERGER, QUAS-SOWSKI, *Commentaire*, § 107, note 3, p. 480.

(1) Les statuts peuvent-ils exiger que le mandataire soit actionnaire ? Oui, mais seulement en spécifiant que cette condition n'est pas obligatoire lorsqu'elle rend trop difficile l'exercice du droit de vote, Cour de Berlin, 30 juin 1938, *JW* 1938, 2412, n° 23.

(2) *Bull. Soc. Lég. Comp.*, 1935, p. 133.

(3) V. déjà PETRAZYCKI, *Aktinwesen und Spekulation*, Berlin, 1906, pp. 22 ss. ; récemment LACHMANN, *De la transformation de la société anonyme moderne*, thèse, Grenoble, 1936, pp. 26-29. Cela vaut surtout pour les petits actionnaires ; l'absentéisme disparaîtra donc dans une certaine mesure avec les petites actions de moins de 1.000 RM.

mes de base proposées par l'administration ne peut qu'avoir une influence salubre (1).

301. — Le seul inconvénient sérieux du délaissement des assemblées est le danger des coups de surprise par une « majorité » qui n'est en vérité qu'une minorité infime, mais active. Il est naturel que les administrateurs, pour parer à ce danger, cherchent à obtenir les voix des absents par des artifices. En France, ils se servent à cet effet des pouvoirs en blanc, recueillis à l'aide de la banque qui fait le service des coupons, ou autrement (2). Ce procédé n'est pas en usage en Allemagne, d'abord parce qu'il est trop coûteux — les administrateurs devraient payer les frais de centaines de pouvoirs, — ensuite parce qu'il est incommode — la Société devrait vérifier et garder tous ces pouvoirs, — et surtout parce que les banques qui encaissent les coupons pour leurs clients n'aiment pas délivrer à une autre banque ou société des documents révélateurs des noms de ces clients. On a trouvé une manœuvre plus simple : la cession du droit de vote aux banques mêmes qui ont en dépôt les actions. En vertu d'une clause de style dans les conditions de dépôt, la banque se présente tout simplement en son propre nom à l'Assemblée. Pour prouver sa qualité, elle n'a besoin que de produire les titres, qui sont au porteur. Ainsi les banques ont acquis une influence considérable sur les sociétés, influence en général favorable aux administrations, mais qui a été vivement critiquée en doctrine. Les auteurs ont relevé non sans raison que les banques exercent le droit de vote que leurs clients leur ont conféré, non pas dans l'intérêt de ceux-ci, mais dans leur intérêt propre, et qu'elles dominent la Société sans y être attachées et sans supporter aucun risque correspondant, enfin que juridiquement leur puis-

(1) La fonction éminente de l'Assemblée Générale comme « *memento* » pour l'administration et « thermomètre des sentiments des actionnaires » a été très bien exposée par PETRAZYCKI, *op. cit.*, pp. 182 ss.

(2) Cf. rapport LESACHÉ, *Doc. S.* 1932, n° 826, p. 1178, et sur les abus, Paris, 22 juillet 1938, D. P. 1939.II.44.

sance est illégale et que toute résolution prise avec leur aide serait annulable pour participation d'une personne sans qualité ni pouvoir (1).

En effet, le droit de vote est inséparable de l'action, et une cession séparée de ce droit est absolument impossible. La jurisprudence constante admet pourtant l'opération (2). C'est que les juristes ont trouvé des « constructions » appropriées. D'abord les banques se faisaient céder les actions en pleine propriété, cession fiduciaire, les parties étant d'accord que le seul but en était l'exercice du droit de vote et que la rétrocession devrait avoir lieu immédiatement après l'Assemblée. Plus tard, le Tribunal d'Empire déclara même inutile cette interprétation des accords entre banques et clients, — interprétation qui n'était pas sans danger pour ceux-ci, — et adopta, d'abord pour les créances, ensuite pour les actions, la théorie, très contestée et contestable (3), d'après laquelle on peut céder l'exercice d'un droit tout en gardant la substance (4). Une telle cession *quoad exercitium* n'est cependant permise qu'à temps (autrement elle dissimule une dissociation définitive du droit de vote) (5), et si elle se justifie par un intérêt particulier, soit du cédant — qui veut ainsi exercer par personne interposée son droit de vote, ce qui est le cas le plus fréquent, — soit du cessionnaire (6).

(1) Cf. encore tout récemment MÜLLER-ERZBACH, *Dogm. J.* 1938, 73 (106-112). Ce reproche est d'autant plus grave que le § 300, n° 1 (§ 318, prop. 1 C. Com.) punit d'amende quiconque exerce le droit de vote ou un autre droit de coadministration en vertu d'actions d'un tiers sans être dûment autorisé.

(2) V. FLECHTHEIM, note 7 avant § 222, p. 157 a. Sur la jurisprudence semblable en Belgique, v. Cass. belge, 13 janvier 1938, S. 1938.IV.17 et les remarques judicieuses de M. H. ROUSSEAU.

(3) Contre cette jurisprudence, v. HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, p. 208 ; FRANZ LEONHARD, *Schuldrecht*, I, Munich et Leipzig, 1929, p. 674.

(4) Depuis Trib. d'Emp., 4 nov. 1927, *RGZ* 118, 730.

(5) Trib. d'Emp., 31 mars 1931, *RGZ* 132, 149 (159) ; *JW* 1931, 2954.

(6) Le cessionnaire est par exemple un actionnaire qui a fait un transfert de pleine propriété, mais à titre pignoratif (*Sicherungsübereignung*), tout en se réservant le droit de vote, Trib. d'Emp., 3 juillet 1934, *JW* 1934, 2906, note HUECK ; ou inversement c'est le créancier gagiste qui, en

Vis-à-vis de la Société, le cessionnaire a tous les droits d'un actionnaire, les restrictions éventuellement stipulées ne valent qu'entre les parties (1) ; en revanche, le cessionnaire n'a pas plus de droits que n'en aurait le cédant ; il n'est donc pas licite, mais naturellement difficile à empêcher en pratique, de tourner par une cession du droit de vote les règles du § 114, al. 5 et 6, relatives à l'exclusion du droit de vote de l'actionnaire qui doit être déchargé par la délibération, et à la suspension du droit de vote attaché aux actions appartenant à la Société même, à une entreprise dépendante ou à un tiers qui les possède pour le compte de la Société ou d'une entreprise dépendante.

302. — Telle était la situation avant la Loi de 1937. Quelle allait être l'attitude du législateur national-socialiste vis-à-vis de cette question, désignée par les Motifs Officiels comme une des plus controversées ? Impossible de la passer sous silence, comme l'avait fait le Code de Commerce. Les rédacteurs de la Loi étaient fort embarrassés, ainsi qu'il résulte de la solution nègre blanc du § 114, al. 4, complétée par le § 110, prop. 2, et les explications des Motifs Officiels. En principe, la pratique a été légalisée.

cette qualité, ne jouit pas du droit de vote (autrement que le bénéficiaire du transfert précité), Trib. d'Emp. 2 février 1938, *RGZ* 157, 52. Dans ce dernier cas, le Trib. d'Emp. permet exceptionnellement que le cessionnaire vote dans un sens différent que le cédant, en vertu des actions qui lui ont été données en gage, bien que ces actions appartiennent au cédant et qu'en principe le vote doive être exercé dans le même sens pour toutes les actions appartenant à la même personne. A l'heure actuelle, il semble d'ailleurs qu'on admet dans tous les pays que le créancier gagiste n'a pas le droit de vote, mais qu'il peut lui être donné par un mandat *in rem propriam* ; v. en Allemagne, Trib. d'Emp., 2 février 1938, *RGZ* 157, 52 ; en France, Req., 16 mars 1938, *Sem. Jur.* 1938, 728 ; en Italie, Cass., 4 août 1936, *Foro it.* 1937.1.18, note ASCARELLI. La question difficile, qui n'est pas encore tranchée, est de savoir si le vote non autorisé du créancier gagiste, détenteur d'une action au porteur, est quand même valable ; cf. sur ce point App. Brescia, *Riv. Dir. Com.* 1938, 329, note G. FERRI, et *infra*, n° 304.

(1) Trib. d'Emp., 2 février 1938, *RGZ* 157, 52 (57).

Mais le transfert du droit de vote, ainsi implicitement reconnu valable, est subordonné à quelques conditions lorsqu'il se fait au profit d'une banque. Une clause de style dans les conditions des banques ne suffit plus ; un écrit séparé complètement rempli est requis, qui expire après quinze mois au maximum et est toujours révocable. C'est pour que les clients se rendent compte de la portée de l'opération, et pour leur donner la faculté de se décider de nouveau tous les quinze mois. Pour avertir les autres actionnaires, le § 110, prop. 2 prescrit que toute personne qui exerce le droit de vote en vertu d'actions d'autrui, doit faire inscrire dans la feuille de présence (sous peine de l'amende du § 300, n° 4) le montant et la catégorie de ces actions, mais non pas le nom du propriétaire, dont les banques gardent jalousement le secret.

Cette réglementation est peu satisfaisante : l'influence des banques n'a pas été ébranlée (1). Les Motifs Officiels ont peut-être raison de dire qu'on ne peut agir autrement sous peine de vider encore plus les assemblées générales et de les abandonner à un petit nombre d'actionnaires importants. Mais pourquoi alors l'écrit séparé renouvelable tous les quinze mois, qui à coup sûr restera une formalité coûteuse et inutile, voire dangereuse, car beaucoup d'actionnaires jetteront tout simplement au panier la formule et l'enveloppe de réponse, même affranchie, que leur enverront les banques, et ils resteront ainsi sans représentation dans les assemblées.

Au demeurant, la Loi n'a pas clairement tranché la question de savoir si l'écrit doit être présenté au Bureau de l'Assemblée, afin que celui-ci puisse vérifier la qualité de la banque qui a déclaré, d'après le § 110, prop. 2, voter en vertu d'actions de tiers ; il semble que non ; mais alors se pose cette autre question de savoir si l'absence de l'écrit peut être opposée à la Société, qui n'a eu aucun

(1) Les Motifs Officiels prétendent que la surveillance à laquelle les banques sont soumises en vertu de la Loi du 5 décembre 1934 garantit l'exercice du droit de vote dans l'intérêt de la Société et des actionnaires. C'est à voir.

moyen de la déceler lors du scrutin, dans un procès en annulation de la délibération pour participation d'une banque qui n'était pas dûment autorisée par un tel écrit, et s'il ne faut pas interpréter les termes équivoques du § 114, al. 4, dans ce sens que l'écrit n'est exigé que dans les rapports entre les parties (banque et client), ainsi que le stipule d'une manière plus nette l'art. 689, al. 5 du C. O. suisse (texte du 18 déc. 1936).

Plus grave encore que ces questions non résolues est la prescription d'après laquelle l'écrit « doit donner l'autorisation à une banque déterminée », § 114, al. 4, prop. 2. Ce n'est pas ainsi que les choses se passaient jusqu'ici. En effet, certaines grandes banques seulement assistent aux assemblées des sociétés. Les petites banques de province se faisaient donc remettre des cessions en blanc qu'elles transmettaient à la banque de leur choix qui participait à l'assemblée, tout en gardant secret les noms des cédants. La lettre du § 114, al. 4, prop. 2 ne s'oppose pas à ce procédé : le client autorise sa banque, celle-ci, devenue titulaire du droit de vote, en autorise une autre, de sorte qu'il y a une chaîne d'écrits conformes au § 114. Mais une telle interprétation semble contraire au sens de la prop. 2 qui resterait ainsi lettre morte (1). D'autre part, une interprétation plus rigoureuse se heurte à des difficultés de preuve. Une banque qui reçoit une cession d'une autre banque, doit-elle exiger la preuve que cette dernière n'a pas agi elle-même en vertu d'une cession au sens du § 114, al. 4 ? De plus, la sanction n'est pas claire, la banque qui vote en vertu de la cession d'une autre banque, elle-même cessionnaire du droit de vote, émet-elle une voix valable, ou rend-elle, par sa participation, annulable la résolution prise (nous supposons ici que la violation du § 114, al. 4 entraîne l'annulabilité de la délibération, ce qui est douteux, comme nous venons de l'expo-

(1) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 114, note 14, p. 50 *in fine*, QUASSOWSKI, *Soz. Pr.* 1938, 57 ss. ; mais *contra* GODIN, *B. A.* XXXVII, p. 115.

ser) ? Encourt-elle les peines (amendes) par lesquelles le § 300, n° 3 menace ceux qui participent au vote contrairement aux interdictions du § 114 ? De deux choses l'une : ou bien interprétation littérale du § 114, al. 4, et alors tout reste comme auparavant, compliqué par la formalité inutile de l'écrit séparé à quinze mois ; ou bien interprétation rigoureuse et extensive, et alors le § 114, al. 4 sera en effet « la disposition de la Loi qui aura l'effet pratique le plus sensible » (v. GODIN, B. A. XXXVII, p. 115), mais cet effet ne sera pas tant l'ébranlement de l'influence des banques que le renforcement du poids des grandes entreprises bancaires à succursales multiples, au détriment des petites banques.

303. — La cession du droit de vote est souvent remplacée par, ou conjuguée avec une promesse d'exercer ce droit dans un sens déterminé. Une telle promesse ne limite pas la liberté vis-à-vis de la Société, comme nous l'avons déjà signalé, mais, sous réserve d'abus, elle est valable entre les parties en ce sens que sa violation donne lieu à des dommages-intérêts qu'on peut rendre forfaitaires par une clause pénale (1). Les syndicats de blocage, aussi bien dans l'intérêt de l'administration que de groupes minoritaires, sont assez fréquents. Les actions sont souvent consignées dans une banque cessionnaire du droit de vote des membres qui s'engage à exercer ce droit de vote selon les décisions du syndicat, organisé en général en société civile. Parfois les actionnaires s'obligent vis-à-vis de la Société même (ou d'une société du Konzern) à ne pas ven-

(1) Jurisprudence constante, v. p. ex. Trib. d'Emp., 21 juillet 1935, *RGZ* 148, 175 (183-184) ; 1^{er} juillet 1938, *JW* 1938, 2833, n° 26. *Contra* en France le décret-loi du 31 août 1937, art. 10, modifiant l'art. 4 de la Loi du 13 novembre 1933. En Allemagne aussi, le trafic de voix est cependant prohibé ; le § 299 menace d'amendes ou de prison le prometteur et le stipulateur « d'avantages particuliers », notion difficile, cf. Trib. d'Emp., 24 février 1931, *EGZ* 132, 33 (37). Le § 300, n° 2, menace d'amendes celui qui remet ou se fait remettre des actions moyennant des avantages particuliers, en vue d'exercer, en vertu de ces actions, le droit de vote ou un autre droit de co-administration.

dre leurs titres et à exercer le droit de vote y attaché d'après les vœux de l'administration. On parle d'actions « liées » (*gebundene Aktien*). La réforme de 1931 avait prescrit leur mention dans le rapport annuel (§ 260 a, al. 3, n° 3 C. Com.). La Loi de 1937 a supprimé cette obligation. Cela est regrettable. Ces arrangements sont en effet un peu suspects, encore qu'ils puissent, dans certains cas, être très justifiables ; leur énonciation complèterait utilement celle des actions souscrites ou acquises pour le compte de la Société, énonciation qui est restée obligatoire.

304. — Une sorte de scission entre la propriété de l'action et le droit de vote peut s'effectuer également en vertu du § 62, al. 3, aux termes duquel l'action nominative appartient, au regard de la Société, à la personne inscrite au registre de la Société. Cette personne seule peut donc voter, et son vote est valable, encore qu'elle ne soit plus ou qu'elle n'ait jamais été actionnaire à l'égard des tiers (v. *supra*, n° 83).

Aucun texte du genre du § 62, al. 3 n'existe relativement aux actions au porteur. La question se pose donc de savoir dans quelle mesure la Société peut et doit admettre à l'Assemblée Générale un porteur non titulaire. Il faut partir de cette idée que le vote d'un porteur qui doit être admis ne peut entraîner non plus l'annulation de la résolution. Autrement on arriverait à ce paradoxe que le porteur sans droit peut rendre impossible toute décision valable : s'il est admis, la décision est annulable parce qu'un non-actionnaire a pris part au vote ; s'il est exclu, la décision est annulable parce qu'on a indûment empêché un porteur de voter. D'après les principes ordinaires (v. art. 40, al. 3 Loi sur la lettre de change = art. 137, al. 3 C. Com. français), le porteur d'un titre négociable peut valablement recevoir les prestations dues au vrai titulaire, à moins que l'obligé n'ait commis une fraude ou une faute lourde. En matière d'obligations au porteur, le § 793 du C. civ. allemand valide même toute prestation faite au porteur, et l'opinion dominante ne fait qu'une exception

en cas de mauvaise foi du débiteur. Ces principes s'appliquent sans doute aux prestations monétaires de la Société aux porteurs des actions. Mais ils ne conviennent pas à l'admission à l'Assemblée Générale. On ne saurait faire dépendre de la bonne ou mauvaise foi de la Société (représentée par le Bureau de l'Assemblée Générale), le droit des actionnaires d'attaquer une décision pour le motif de la participation au vote d'une personne sans qualité. En effet, l'Assemblée n'a pas la moindre possibilité de contrôler le droit d'un porteur, même si ce porteur avoue n'être pas le titulaire de l'action mais affirme seulement être autorisé par ce titulaire ; cela résulte désormais clairement du § 112, aux termes duquel un tel porteur est obligé de découvrir sa qualité de prête-nom, mais non pas le nom de son délégant, ce qui exclut toute possibilité d'exiger la production d'un document quelconque qui permette un contrôle à l'Assemblée. On n'a donc le choix qu'entre deux solutions radicales : ou bien tout porteur d'action peut participer au vote sans que la résolution soit attaquable pour ce motif qu'il n'avait ni qualité, ni autorisation, ou bien la détention du titre doit être considérée comme une condition nécessaire, mais non pas suffisante, pour l'admission au vote. La première solution n'a jamais été suivie dans la pratique (1). La Société agit donc à ses risques et périls : le vote n'est valable que s'il émane du vrai titulaire de l'action ou d'une personne autorisée par lui. A défaut de tout droit de contrôle contre les porteurs, l'Assemblée doit agir avec une grande circonspection. Lorsqu'elle a des doutes, elle doit trouver la solution qui — même fausse — a la plus grande chance d'éviter une demande en annulation ; ce sera en règle générale l'admis-

(1) C'est pourtant la solution du C. civ. suisse (texte du 18 décembre 1936) dont l'art. 639, al. 4 déclare que « quiconque se légitime comme possesseur d'une action au porteur est, par rapport à la société, autorisé à exercer le droit de vote ». Nous croyons que cette phrase ne signifie pas que le porteur sans qualité doive être admis sous peine d'annulabilité de l'assemblée, mais seulement que son admission ne vicie pas la délibération. En France, même solution qu'en Allemagne, v. Paris, 22 juillet 1938, D. P. 1939.II.44, et la note (3 et 4).

sion du porteur dont la qualité est contestée. En effet, lorsque ce porteur est exclu, il est très probable qu'il attaquera la délibération, et alors la Société devra réfuter la forte présomption qui s'attache à la possession du titre. Au contraire, s'il a participé au vote, il appartient aux adversaires de la résolution adoptée de prouver, dans le procès d'annulation, que c'était à tort, et encore faut-il que cette participation ait influencé le résultat du scrutin. Dans ce sens, on peut dire qu'aussi le détenteur d'une action au porteur peut exercer le droit de vote sans être actionnaire.

305. — On a beaucoup discuté sur la nature du droit de vote et sur la question de savoir si c'est un droit donné aux actionnaires dans l'intérêt de la Société ou dans le sien propre (1). Point n'est besoin d'examiner toutes ces doctrines sur le devoir de fidélité des associés envers la Société ou sur le lien contractuel entre eux, puisqu'on est en pratique d'accord sur les points essentiels : la majorité n'a pas le droit de porter préjudice à la minorité ou à la Société, en vue d'obtenir des avantages personnels qui n'ont aucun rapport avec le but de la Société. D'autre part, on ne saurait exiger des actionnaires de s'inspirer toujours des intérêts de la Société (2). Au contraire, la majorité peut même poursuivre un objectif qui, sous un certain aspect, peut être qualifié de contraire à l'intérêt de la Société et de la minorité, pourvu qu'il se rattache au but social. Il en est ainsi, à notre avis, lorsque l'Assemblée, appelée à statuer sur le bilan, décide la distribution de tous les bénéfices, encore que la minorité proteste en invoquant — peut-être avec raison — la nécessité de garder des réserves. Celui qui entre dans une

(1) V. sur les diverses théories en droit allemand, français et italien, ROBERT GOLDSCHMIDT, *Recenti Tendenze*, pp. 126-155 ; adde A. DE GREGORIO, *Delle Società e delle Associazioni Commerciali*, Turin, 1938, pp. 392-396.

(2) M. DÉCUGIS, *Rev. Gén. Dr. Com.* 1938, p. 241, cite en l'approuvant un passage de l'arrêt du Trib. d'Emp. du 4 décembre 1934, *RGZ* 146, 71 (76), qui semble exiger une telle conduite, mais ce postulat est certainement exagéré et, du reste, inconnu de la loi de 1937.

société dont les statuts ne prévoient pas la formation obligatoire de réserves accepte le risque que la majorité distribue tout ce qui est distribuable d'après la loi. En procédant ainsi, les actionnaires de la majorité ne font qu'exercer leur droit incontestable d'associés d'une société commerciale de toucher le profit annuel (1). En revanche, c'est certes un abus de droit de stocker les bénéfices dans le seul but d'« affamer » une minorité et de la forcer à vendre à vil prix ses actions à la majorité, qui ainsi obtient un profit tout à fait en dehors de l'exploitation normale d'une entreprise commerciale. Il en est autrement, si la création des réserves est justifiée par la situation de la Société, car la minorité doit subir les décisions requises par l'intérêt de la Société, peu importe l'intention de la majorité.

306. — Cette théorie de l'abus du droit, développée par la jurisprudence sur la base des règles du droit civil annulant les actes contraires aux bonnes mœurs (construction génératrice de toutes sortes de difficultés), a été consacrée par le § 197, al. 2 de la Loi qui déclare annulable toute résolution prise à l'aide d'un actionnaire qui, par son vote, a cherché dolosivement à obtenir pour soi-même ou pour un tiers des avantages excessifs étrangers à la Société (*gesellschaftsfremde Sondervorteile*, le terme est le même que celui expliqué *supra* n° 116/17), au détriment de la Société ou de ses actionnaires, pourvu que la résolution soit de nature à servir ce but, et à moins que la conduite de l'actionnaire ne soit justifiée par un intérêt digne de protection (cette exception est exprimée par une référence à l'al. 3 du § 101 dont nous avons parlé *supra* n° 117).

La Loi subordonne donc la qualification de l'exercice du droit de vote comme abusif ou déloyal à la réunion d'un

(1) *Contra* cependant LACHMANN, *op. cit.*, p. 273³, p. 70, séduit par l'idée de l'entreprise entité indépendante, et par la théorie de la supériorité de l'intérêt de cette entreprise sur celui des actionnaires. Cette idée poussée à bout entraînerait cependant le résultat d'enlever à la majorité le droit de décider la dissolution de la Société.

nombre assez considérable de conditions objectives et subjectives.

307. — Considérons d'abord les conditions objectives. Elles sont formulées d'une manière peu heureuse. Le § 197 parle d'une « résolution de nature à servir ce but », ce qui signifie une résolution de nature à porter réellement préjudice à la Société ou aux actionnaires de la minorité sans que ce préjudice soit nécessaire au bien de la Société. En revanche, malgré le texte, il doit être indifférent que l'actionnaire déloyal réalise l'avantage espéré ; s'il a voulu ruiner la Société et si la résolution est en fait ruineuse, elle doit être annulée, car la Société ne sera pas sauvée par le fait que l'actionnaire a mal calculé son propre bénéfice. Ainsi interprétée, la première condition objective est bien posée.

Il n'en est pas ainsi de la deuxième, c'est-à-dire de la condition négative de l'absence d'un intérêt digne de protection. Il s'agit ici certainement d'une condition objective, encore que le texte du § 101, al. 3 (auquel renvoie le § 197, al. 2) puisse faire croire à une condition subjective puisqu'il décharge l'actionnaire ayant agi « en vue d'obtenir un avantage qui sert des intérêts dignes de protection ». De même qu'à notre avis la minorité doit souffrir une décision qui lui porte préjudice, si cette décision est objectivement utile à la Société, sans égard à l'intention de la majorité, de même elle doit subir une décision qui sert des intérêts « dignes de protection » de la majorité, bien que la majorité n'ait pas agi précisément en vue de ces intérêts. Inversement, si un tel intérêt n'existe que dans l'imagination de l'actionnaire accusé de déloyauté, le § 187, al. 2 est en principe applicable, mais cette circonstance peut exclure la condition subjective du dol (l'actionnaire agit « sciemment » au détriment de la Société ou des autres actionnaires, mais il n'agit pas « doloivement »).

La référence, dans le § 197, au § 101, al. 3, semble d'ailleurs plutôt inspirée par l'appréhension de ne pas prévoir

toutes les hypothèses où l'annulation ne conviendrait pas, que par l'idée concrète de cas déterminés où cette référence peut devenir pratique ; on ne voit en effet pas un intérêt digne de protection qui pourrait justifier qu'un actionnaire vote sciemment « au détriment de la Société ou des autres actionnaires, en vue d'obtenir des avantages excessifs étrangers à la Société » (1).

308. — Avant d'examiner les conditions subjectives, il faut répondre à la question de savoir pourquoi le législateur a édicté de telles conditions. L'intérêt de la Société et des actionnaires lésés reste le même, peu importe la faute subjective des auteurs de la résolution pernicieuse. Mais, en principe, la majorité est juge de l'intérêt de la Société. Autrement on instituerait le contrôle du juge sur l'opportunité de toute délibération. L'annulation d'une décision conforme à la loi et aux statuts ne saurait être admise que si la majorité s'est révélée indigne de ses droits et fonctions par sa mauvaise volonté.

Deux conditions subjectives sont prévues : 1° l'actionnaire doit aspirer à un avantage étranger à la Société et excessif. En effet, la Société est conclue en vue d'exploiter une entreprise spécifiée dans les statuts ; tout usage des institutions sociales à d'autres fins, lorsqu'il lèse directement ou indirectement les autres actionnaires ou la Société (2), est un détournement de pouvoirs. Le droit de vote est donné aux actionnaires pour défendre leurs intérêts *dans* la Société, et non pas ceux qu'ils peuvent avoir en dehors d'elle. La Loi exige en outre que l'avantage extra-social soit excessif (*Sondervorteil*). Cette idée, copiée sur le § 101, n'a pas, à notre avis, de raison d'être ici, où

(1) On a pensé, peut-être, aux résolutions au profit du « Konzern » (v. exposé des motifs du projet de 1931, p. 32), et aux cas où le bénéficiaire doit être, par exemple, une institution d'utilité publique à laquelle la majorité décide de faire une donation.

(2) La Loi emploie au § 101 et au § 197 le terme « au préjudice de la Société ou de ses actionnaires ». En réalité, ce qu'on appelle le préjudice de la Société ne nous semble être qu'un préjudice indirect des autres actionnaires ; si aucun actionnaire ne subit de préjudice, on ne saurait parler non plus d'un préjudice de la Société.

il s'agit d'un actionnaire, et non pas d'un tiers quelconque, qui exerce un droit de coadministration. La jurisprudence va certainement interpréter le terme *Sondervorteil* d'une manière plus sévère dans le cadre du § 197 que dans celui du § 101.

2° Mais le but extra-social de la majorité (c'est-à-dire d'un membre de la majorité, sans lequel la résolution n'aurait pas été adoptée), joint à la nocivité de la résolution, n'est pas encore constitutif d'un abus de droit selon le § 197. La Loi ne s'est pas ralliée à l'idée d'après laquelle les actionnaires ont le devoir de s'inspirer de l'intérêt de la Société. Si elle l'avait fait, elle aurait sanctionné au moins la violation de ce devoir par une faute lourde. Il n'en est rien ; les actionnaires peuvent poursuivre même des intérêts extra-sociaux sans se préoccuper le moins du monde de l'intérêt de la Société ou des autres actionnaires, sous la seule réserve du dol. Certes, de même que lors de l'application du § 826 C. civ., le dol éventuel suffit ; mais il faut toujours prouver que l'actionnaire a connu le préjudice — au moins éventuel — qu'il allait porter à la Société ou aux co-associés, et que l'idée de la réalisation de ce préjudice ne l'a pas fait s'abstenir de son vote égoïste.

309. — Aux termes du § 197, al. 2, l'abus du droit de vote ainsi défini rend annulable la résolution de l'Assemblée Générale, à condition bien entendu que, défalcation faite du vote déloyal, la majorité requise ne soit plus atteinte (1). L'actionnaire coupable doit-il en outre des dommages-intérêts ? Le Tribunal d'Empire a une fois fait allusion à cette possibilité résultant du § 826 C. civ. alle-

(1) C'est la Société qui doit prouver que l'abus n'a eu aucune influence sur le résultat du scrutin. Cette influence peut consister également dans le fait que d'autres actionnaires ont suivi l'exemple de l'actionnaire déloyal, entraînés par son apparente bonne foi et les arguments spécieux qu'il a fait valoir. Le droit d'attaquer la résolution est donc donné à tout actionnaire, même à ceux qui ont voté dans le même sens. § 198, al. 3, ceci aussi pour cette raison que le vice entache le contenu même de la résolution, non seulement la procédure, et qu'il est très grave.

mand (1), sans jamais trancher la question. La même idée se trouvait à l'origine du § 101, mais nous avons vu qu'au cours des travaux législatifs elle fut abandonnée au point que l'al. 7 du § 101 déclare formellement inapplicables les al. 1 à 6 en cas d'abus du droit de vote. Le § 826 n'est pas par là formellement exclu (2). Mais puisque le législateur estime que même la conduite scandaleuse réprimée dans le § 101 ne constitue pas nécessairement une lésion commise d'une manière dolosive et contraire aux bonnes mœurs au sens du § 826 C. civ., il est difficile d'imaginer une hypothèse où le § 826 puisse être applicable. Pratiquement, l'abus du droit de vote n'entraînera donc guère de responsabilité. Et c'est très bien ainsi, car la possibilité, même éloignée, de se voir un jour poursuivi en dommages-intérêts pour exercice abusif du droit de vote chasserait les derniers actionnaires de l'Assemblée Générale.

310. — La Loi n'a pas fait sienne non plus la proposition de la Commission de l'Association des Juristes allemands de déclarer illicite et nul le vote déloyal et de permettre ainsi au Président de l'Assemblée de ne pas en tenir compte lors du dénombrement des voix. Cette proposition a eu pour but de parer à l'inconvénient suivant : l'annulation ne sert à rien, si la déloyauté n'a pas consisté dans le vote *pour*, mais dans le vote *contre* un projet, par exemple l'actionnaire a fait tomber une proposition d'augmenter le capital, bien que l'augmentation fût absolument nécessaire pour sauver la Société. L'annulation de cette décision négative (rejet de la proposition) ne vaut pas adoption du projet (3), de sorte que l'actionnaire déloyal a atteint son but. Il en serait autrement, si le Président pouvait ne pas tenir compte des voix dudit actionnaire ; alors, il pourrait proclamer adopté le projet et il appartiendrait audit actionnaire d'intenter une demande en annulation. Mais cette

(1) Trib. d'Emp., 14 novembre 1933, *RGZ* 142, 219 (222).

(2) SCHLÉGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 101, note 13, p. 462.

(3) Trib. d'Emp., 24 octobre 1933, *RGZ* 142, 123 (129).

idée aboutit à la solution inacceptable de permettre également au Président de déclarer non-adopté un projet, parce qu'il estime que ce projet a été voté par la majorité dans un but déloyal. Dans ce cas, ce seraient les actionnaires accusés d'abus de droit qui seraient sans défense. La meilleure solution de ce problème nous semble être de permettre au Président de l'Assemblée de ne pas tenir compte des voix qu'il estime contraires au § 197, al. 2, s'il arrive ainsi à déclarer adopté un projet (1), mais non pas dans le cas inverse. L'idée directrice qui justifie cette solution, à première vue incohérente, est que dans une matière aussi délicate le Président ne saurait être chargé d'une décision pratiquement inattaquable, et que ce serait lui confier une telle décision que de l'obliger à fermer les yeux devant les abus de droit commis par le rejet d'une proposition, la décision de rejet n'étant pratiquement pas annulable ; au contraire, lorsque le Président estime qu'il y a un abus de droit dans une proposition adoptée par la majorité, il doit quand même la proclamer, puisque les actionnaires de la minorité ont la faculté de la faire annuler par le Tribunal.

*c) Les attributions de l'Assemblée Générale
en particulier la modification des statuts*

311. — Nous avons déjà à plusieurs reprises évoqué le rôle de l'Assemblée Générale d'après la Loi de 1937. Maintenant il faut l'examiner d'un peu plus près. La différence principale par rapport au régime antérieur est que, sous le Code de Commerce, la présomption de compétence était en faveur de l'Assemblée, tandis que le § 103, al. 1 de la Loi de 1937 stipule, au contraire, que l'Assemblée ne peut décider que sur les matières expressément prévues par la

(1) Bien entendu, le Président devrait, dans un tel cas, indiquer dans le procès-verbal la raison pour laquelle il a déclaré adopté le projet, et les adversaires pourraient intenter une demande en annulation qui ne pourra être repoussée que si la Société fait la preuve de l'abus de droit.

loi ou les statuts. De plus, les statuts ne peuvent pas beaucoup élargir la compétence de l'Assemblée, puisque l'al. 2 du § 103 ajoute que les questions relatives à la gestion ne peuvent être soumises à l'Assemblée Générale que par la Direction. Or il n'y a pas beaucoup de matières, qui n'ont pas été déjà conférées à l'Assemblée Générale par la Loi, et dont on ne peut prétendre qu'elles rentrent dans la gestion (1). A la différence du droit français, les attributions de l'Assemblée Générale sont donc en Allemagne presque limitativement énumérées par la Loi.

312. — Toutefois, il faut reconnaître que la liste de ces attributions légales — que les statuts ne peuvent pas réduire — est assez longue. Elle comprend :

1° Le droit exclusif de modifier les statuts, en particulier, comme nous l'avons déjà vu, d'augmenter ou réduire le capital, ou de changer la forme de la Société ;

2° Le droit exclusif de dissoudre la Société ou de décider la continuation de la Société dissoute ;

3° Le droit d'autoriser la fusion ou les transferts d'actif des §§ 253-256 ;

4° Le droit d'autoriser l'émission d'actions nouvelles (capital autorisé) ;

5° Le droit d'autoriser l'émission d'obligations convertibles, bénéficiaires ou de jouissance (§ 174) ;

6° La nomination, rémunération et révocation des membres du Conseil de Surveillance ;

7° Le quitus annuel de tous les administrateurs ;

8° Le droit de forcer les administrateurs à intenter les actions en responsabilité contre les fondateurs et administrateurs, et le droit d'autoriser une renonciation ou transaction relative à ces actions ;

9° Le droit d'exiger un contrôle extraordinaire ;

(1) On permettra peut-être que les statuts subordonnent à l'agrément de l'Assemblée les emprunts par obligations, les opérations du § 45 (constitution subséquente), passées plus de deux ans après la constitution, et d'autres opérations de ce genre. Mais il faut rappeler qu'une telle clause statutaire ne peut jamais limiter le pouvoir de la Direction à l'égard des tiers.

10° Le choix des contrôleurs, aussi bien pour le contrôle extraordinaire que pour le contrôle annuel des comptes ;

11° Le droit de fixer le dividende annuel, et

12° Dans certaines conditions, le droit de statuer sur le bilan.

Sur les compétences 2°-6°, nous avons déjà parlé plus haut. Celles sous 8° et 9° sont surtout d'importance comme droits minoritaires et seront examinées dans la prochaine section de ce paragraphe ; les numéros 10 à 12 auront leur place dans les paragraphes suivants consacrés au dividende et aux contrôleurs. En ce qui concerne enfin le quitus (7°), nous rappelons simplement qu'il ne vaut plus renonciation aux actions éventuelles contre les administrateurs, § 84, al. 4 (*supra* n° 287), mais qu'il a gardé son importance comme occasion pour l'Assemblée de montrer son approbation ou sa désapprobation de la gestion. Il suffit donc ici de consacrer quelques explications à la modification des statuts, privilège principal de l'Assemblée Générale.

313. — Le droit de modifier les Statuts est un droit exclusif de l'Assemblée, c'est-à-dire que la modification se réalise ou bien par la seule délibération de l'Assemblée, ou bien — en cas par exemple d'augmentation de capital — par la résolution de l'Assemblée et des actes de l'administration rigoureusement prescrits par l'Assemblée ou par la Loi (1). La Direction ou le Conseil de Surveillance peuvent faire la proposition, mais ils ne peuvent pas se faire déléguer le droit de la réaliser à leur gré (seule exception : le capital autorisé). Toutefois les modifications purement

(1) La Loi ne distingue pas très nettement les droits exclusifs de l'Assemblée des droits d'autorisation (parmi lesquels il faut encore citer la constitution subséquente du § 45). C'est pourquoi beaucoup d'auteurs ne reconnaissent pas cette distinction, qui pourtant s'impose ; v. p. ex. C. BÖTTCHER, *Soz. Pr.* 1938, 808 et *supra* n° 235. Il ne faut pas confondre la distinction entre compétence exclusive et simple autorisation, avec cette autre distinction entre l'agrément de l'Assemblée nécessaire *ad validitatem* d'une opération et l'agrément qui n'est requis que pour la régularité.

rédaotionnelles, telles qu'elles sont nécessaires par exemple à la suite d'une augmentation ou d'une réduction du capital, peuvent être confiées par l'Assemblée au Conseil de Surveillance, § 145, al. 1, prop. 2.

314. — La résolution de l'Assemblée portant modification aux statuts est entourée de certaines garanties. Le contenu essentiel de la modification projetée doit être dûment annoncé d'avance, § 145, al. 2 ; il ne suffit pas d'inscrire dans l'ordre du jour « Modification des Statuts » ou « Augmentation du capital ». La résolution doit être prise à une majorité qualifiée. En dehors de la majorité simple des voix émises, qui est toujours obligatoire pour les délibérations de l'Assemblée Générale, § 113, al. 1 (1), les modifications des statuts doivent être votées à la majorité des trois quarts du capital représenté, § 146, al. 1 ; les statuts peuvent substituer à cette majorité une autre majorité du capital (2), mais pour les modifications de l'objet ou de la forme, pour l'augmentation du capital avec exclusion du droit de souscription des actionnaires, l'augmentation conditionnelle, le capital autorisé et la réduction du capital, la majorité statutaire ne peut être

(1) Bien entendu, les statuts peuvent toujours stipuler des conditions plus sévères (majorité plus grande des voix ou du capital, quorum, etc.), mais des conditions plus faciles ne sont permises par le § 113, al. 2, que pour les élections (surtout majorité relative).

(2) En exigeant l'unanimité pour toutes ou quelques modifications, les statuts peuvent donc se rendre immuables, autrement qu'en France où l'al. 1^{er} de l'art. 31 L. 1867, texte de 1930, est censé être d'ordre public par l'opinion dominante. Sur la distinction entre majorité de capital et de voix, v. *supra* n° 21. Nous rappelons que pour révoquer un membre du Conseil de surveillance, il faut seulement les 3/4 des voix émises, sous réserve d'une clause contraire des statuts qui peut prescrire une majorité plus grande ou plus petite, soit des voix, soit du capital. Au contraire, la majorité qu'exige le § 174 pour l'émission d'obligations convertibles, bénéficiaires ou de jouissance est obligatoirement une majorité du capital. La Loi fait donc une distinction nette entre les décisions administratives, où le vote plural joue sans frein, et les décisions financières, où les titulaires des actions à vote plural doivent chercher une entente avec les actionnaires ordinaires.

que supérieure à la majorité légale (1). Enfin la résolution ne prend effet que du moment où mention en est faite au Registre du Commerce, de sorte que le juge contrôle l'observation des règles légales, § 148.

315. — Si plusieurs catégories d'actions existent, une difficulté particulière s'élève. Dans le cas où la décision de l'Assemblée comporterait une atteinte aux droits attachés à une catégorie d'actions, cette décision ne sera définitive qu'après avoir été ratifié — non pas par une assemblée spéciale comme le prescrit l'al. 4 de l'art. 34 C. Com. français (texte 1903) mais — par une délibération séparée de la catégorie visée. Cette délibération est soumise aux mêmes règles de convocation et de majorité que celle de l'ensemble des actionnaires, § 146, al. 2. Si la délibération séparée n'a pas eu lieu, le juge refuse l'immatriculation (2). Mais *quid* si par erreur l'immatriculation a lieu quand même ? Il semble que dans ce cas, de même que lors d'une délibération spéciale irrégulière (par exemple qui n'a pas été dûment annoncée), la modification des Statuts soit annulable (3).

La délibération séparée de chaque catégorie existante est en outre requise lors de toute augmentation du capital, réduction de capital ou émission d'obligations convertibles, bénéficiaires ou de jouissance, ces opérations étant consi-

(1) Les mêmes règles de majorité s'appliquent, ainsi que nous l'avons déjà exposé, à la dissolution, la continuation de la société dissoute, la fusion et les transferts d'actif des §§ 253-256, qui ne sont pas, ou ne sont pas nécessairement, des modifications aux statuts.

(2) Trib. d'Emp., 21 juillet 1935, *RGZ* 148, 175 (184) ; cet arrêt exige la délibération spéciale même lorsque la délibération générale a été unanime.

(3) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 146, note 13, p. 697 ; note 3 avant § 195, p. 832 ; § 196, note 1, p. 836, soutiennent au contraire une application analogue du § 196 al. 2 (nullité absolue, mais couvrable par trois ans d'immatriculation), v. sur ce point *infra*, n° 332. En France, la question est également controversée, v. WAHL, *Rec. Jur. Soc.* 1929, 298 ss. (302-303).

dérées comme modifiant indirectement les rapports réciproques des différentes catégories (1).

316. — Certaines modifications des statuts obéissent à des règlements particuliers qui méritent l'attention, d'autant plus qu'ils sont les seules innovations en la matière.

a) Voici d'abord les délibérations portant atteinte aux droits des actionnaires sans droit de vote. Nous avons signalé plus haut (*supra* n° 23) que la délibération séparée dont nous venons de parler étant parfois très gênante, le § 115 de la Loi a permis de créer, jusqu'à concurrence du tiers du capital social, des actions sans droit de vote, à condition qu'elles jouissent d'un extra-dividende déterminé, — à payer ou à compléter sur les bénéfices des années suivantes, si les bénéfices d'une année ne sont pas suffisants pour les couvrir (c'est ce qu'exprime le mot allemand « *nachzahlbar* » dans le § 115). Ces actions donnent tous les droits des actions ordinaires, y compris le droit d'assister aux assemblées générales, mais non pas le droit d'y voter, à moins que l'extra-dividende d'une année n'ait été payé complètement ni dans cette année, ni dans l'année suivante, avec l'extra-dividende intégral pour cette dernière année, § 116. Les titulaires de ces actions ne sont appelés à émettre leur voix en dehors de cette hypothèse extraordinaire que si l'on veut, soit supprimer ou porter atteinte à leur extradividende, soit émettre des actions jouissant de droits meilleurs ou du même rang (2). Alors, le consen-

(1) La délibération séparée n'est pas prescrite lors de l'attribution de privilèges à certaines actions existantes (procédé dit de disjonction) ; d'autre part, sont seules « catégories d'actions », en droit allemand (§ 11), les actions ordinaires et les différentes sortes d'actions de priorité, c'est-à-dire investies d'avantages pécuniaires ; ces deux questions sont controversées en France, v. Jur. Cl. Sociétés, fasc. 145, n° 8-10, sur la notion de catégories d'actions, et n° 12-19 sur la disjonction.

(2) Le droit de souscription des actionnaires sans droit de vote sur ces actions concurrentes est intangible, § 117, al. 2, prop. 3. Leur création par voie de capital autorisé n'est possible que si l'autorisation la prévoit formellement, § 171, al. 2. En revanche, le consentement des actionnaires privilégiés sans droit de vote est dispensable, si ladite émission a été réservée lors de l'attribution du privilège ou de l'exclusion

tement des actionnaires privilégiés sans droit de vote est donné dans une assemblée séparée, à la majorité — immuable par les statuts — des trois quarts des voix émises, § 117, al. 3. La suppression totale du privilège fait revivre le droit de vote, § 117, al. 4.

Plus intéressantes encore sont les délibérations prévues par le troisième décret d'application du 21 décembre 1938 : la « réunion d'actions », l'amortissement forcé des actions à vote plural et la privation de ces actions de leur vote plural.

b) La réunion d'actions est la diminution du nombre des actions sans réduction du capital social. Elle a été permise dans l'article 1^{er} du 3^e décret d'application en vue de rendre possible l'augmentation du taux des actions de moins de mille francs créées avant la loi de 1937. Mais la procédure semble s'appliquer aussi aux actions de mille francs et plus, le § 1, al. 1 visant tout généralement « la réunion d'actions de 100 RM ou d'un multiple de 100 RM » ; or, il est évident que les actions de 1.000 RM et d'un multiple de 1.000 RM sont en même temps des actions d'un multiple de 100 RM.

Curieusement, l'art. 1^{er} du décret se donne comme une disposition destinée à protéger les petits actionnaires. Il commence en effet (§ 2, al. 1) par l'affirmation que la réunion n'est possible qu'avec le consentement individuel des actionnaires visés. Mais cela va de soi, la réunion étant une atteinte directe au droit de l'actionnaire de rester associé, droit qui est un des rares « droits propres » de l'actionnaire reconnus d'un accord unanime. La loi n'en connaît qu'une seule exception, savoir la réduction du nombre des

du droit de vote, § 117, al. 2 prop. 2. Ce texte laisse d'ailleurs clairement entrevoir que la loi permet l'exclusion du droit de vote même après l'émission des actions, soit au moment où on leur accorde le droit à l'extra-dividende, soit même après, et dans ce dernier cas, puisqu'il ne s'agit pas d'une modification aux statuts, même par la simple majorité des voix ; toutefois, dans ces deux hypothèses, qui seront rares en pratique, il faudra certainement l'assentiment individuel des actionnaires visés.

actions en vue d'une réduction du capital (1). Aussi, ce qui est intéressant, ce sont moins les règles de procédure des §§ 2 à 7 de l'art. 1^{er} (2) que la règle du § 3, al. 2, aux termes duquel le Conseil de Surveillance peut statuer sur cette modification des statuts qu'est la réunion. Voilà donc une modification des statuts très grave confiée au Conseil de Surveillance, parce qu'on estime que la délibération de l'Assemblée est rendue superflue par l'adhésion individuelle que doit donner chaque actionnaire atteint par l'opération.

c) L'amortissement forcé des actions à vote plural est permis, même s'il n'a pas été prévu lors de leur émission. Ici il s'agit d'un véritable accroc au droit propre de l'actionnaire dont nous venons de parler, alors surtout que non seulement l'agrément individuel des actionnaires atteints, mais aussi leur adhésion collective par délibération séparée, voire la majorité des voix requise pour toute délibération de l'Assemblée générale, ont été déclarés dispensables ; la majorité du capital prévue au § 175, al. 1, pour les réductions ordinaires du capital, suffit, art. 11, § 8, al. 2. C'est le principe de l'expropriation moyennant une juste indemnité que le législateur a institué en cette matière ; cette indemnité doit être fixée dans la délibération de l'Assemblée, § 8, al. 3 (sur la protection des créanciers et l'autorisation ministérielle, v. *supra*, n^{os} 100 et 217).

d) La suppression ou réduction du vote plural exigeait, d'après la Loi, la majorité des voix et une délibération spéciale des actionnaires atteints. L'art. 11, § 10 du décret en

(1) L'annulation du titre pour non paiement de la mise, qui pourrait être considérée comme une autre exception, est elle aussi strictement réglée par la loi (v. *supra* n^o 163). L'amortissement forcé d'une action n'est permis que tout exceptionnellement (v. *supra*, n^o 217).

(2) Les actionnaires atteints doivent d'abord donner leur consentement et remettre leurs titres en vue d'échange, c'est seulement ensuite que la décision d'augmentation du taux nominal peut être inscrite au Registre du commerce. Sous peine de prison, il est interdit d'émettre les titres nouveaux avant cette immatriculation ; mais les titres ne sont pas nuls.

dispense ; mais il prescrit que cette modification aux statuts doit être décidée à la majorité des $3/4$ au moins du capital, sans que les statuts puissent réduire ou augmenter ce taux (sur l'autorisation ministérielle, v. *supra*, n° 100).

317. — En France, l'art. 31, al. 2 de la loi de 1867 autorise l'Assemblée Générale à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions ; l'Assemblée ne peut toutefois changer la nationalité de la Société, ni augmenter les engagements des actionnaires. Cette énumération prétendument limitative des matières soustraites à la compétence de l'Assemblée est une réaction contre l'attachement d'une partie de la jurisprudence à la théorie des bases essentielles et intangibles du contrat social. En Allemagne, où cette théorie n'a jamais eu la même influence, le législateur n'a pas eu besoin d'édicter une disposition de ce genre. Cela est heureux, car la question des limites du pouvoir de l'Assemblée générale est trop complexe pour être réglée d'une manière satisfaisante dans la deuxième proposition d'un alinéa. La preuve en est que le texte de 1913-1930 de l'art. 31, L. 1867 n'a pas mis fin à la controverse des « droits propres » de l'actionnaire, derniers vestiges des bases essentielles (1). Ce problème est en effet un des plus délicats et n'est qu'un aspect de la grave question de la protection de la minorité et de l'actionnaire individuel contre l'omnipotence de la majorité.

d) *La protection de la minorité et de l'actionnaire individuel contre l'omnipotence de la majorité*

318. — Les droits destinés à la protection de la minorité ou de l'actionnaire individuel s'exercent contre l'Assemblée générale. Ni la minorité, ni l'actionnaire individuel n'ont de moyen d'agir directement contre les admi-

(1) V. p. ex. la jurisprudence relative aux clauses de préemption : Civ., 9 février 1937 (2 esp.), D. P. 1937.1.73, note BESSON, Req., 21 décembre 1937, D. H. 1938, 67.

nistrateurs, puisqu'ils sont sans action sociale en responsabilité ou en révocation (1). La minorité n'est même pas nécessairement représentée au Conseil de Surveillance. Les projets de 1930 et 1931 avaient réservé, dans leur § 76, à la minorité un siège dans le Conseil. Avec raison, l'Académie du droit allemand (2) et le législateur de 1937 ont repoussé cette idée. On peut donner à la minorité le droit d'imposer certains actes déterminés, mais on ne peut pas lui octroyer des fonctions permanentes. Les minorités ne sont d'ordinaire que des combinaisons d'occasion, des groupements de lutte contre la majorité. Immédiatement après l'assemblée elles se désagrègent. Impossible de laisser dans le Conseil des représentants qui pendant des années y siègeront sans plus rien représenter. Tout au plus peut-on regretter que la Loi n'ait pas permis aux Statuts de prévoir une représentation minoritaire dans le Conseil, ainsi que l'a fait l'art. 708, al. 6 C. O. suisse (texte du 18 décembre 1936).

En ce qui concerne l'actionnaire individuel, on peut d'ailleurs dire qu'il est mieux protégé contre l'administration que contre l'Assemblée. En effet, son droit principal contre les résolutions de l'Assemblée est de les faire annuler pour illégalité. Or, si cette action spéciale en annulation n'existe pas contre les décisions de l'administration, c'est pour la simple raison que ces décisions, lorsqu'elles sont illégales ou contraires aux statuts, sont de plein droit dépourvues d'effet juridique (3) et que leur exécution au préjudice de l'actionnaire entraîne la responsabilité de la Société, suivant les règles du droit commun.

(1) Seules exceptions : la révocation judiciaire pour juste motif d'un membre délégué du Conseil de surveillance (§ 88), qui peut être demandée par 1/10^e du capital social ; et la révocation pour juste motif d'un liquidateur qui peut être demandée au Tribunal par 1/20^e du capital social, § 206, al. 2.

(2) 2^e rapport KISSKALT, *AkZ.* 1935, p. 252.

(3) Il est vrai que depuis la loi de 1937 il y a deux exceptions à ce principe : le bilan, sur lequel nous reviendrons, et la réalisation du capital autorisé, dont nous avons parlé *supra* n° 196 et p. 172, note 1.

319. — Les droits de la minorité s'exercent dans l'Assemblée générale ; le droit de base est de contraindre la Direction à convoquer cette Assemblée et de mettre tel ou tel projet à l'ordre du jour, § 106, al. 2 à 4 (ancien § 254 C. com.). Les requérants doivent représenter le 1/20^e du capital social et faire une demande écrite énonçant les motifs et l'objet de leur demande. Si ni la Direction ni le Conseil de Surveillance ne donnent suite à la demande, le Tribunal, c'est-à-dire le juge cantonal, autorise la minorité à se faire droit à elle-même. Il appartient à l'Assemblée de statuer sur la question de savoir si les frais de la convocation seront assumés par la Société. Cette réglementation est certainement supérieure à la carence complète de la loi française, à laquelle a dû suppléer une jurisprudence, d'ailleurs flottante, qui accorde à tout actionnaire une action contre le Conseil d'Administration s'il néglige de convoquer l'Assemblée ordinaire, et, dans certains cas mal définis, le droit de demander au juge des référés la nomination d'un commissaire en vue de la convocation d'une assemblée, par exemple pour statuer sur la révocation des administrateurs (1).

Le droit de demander l'ajournement de l'Assemblée n'appartient qu'à une minorité représentant le 1/10^e du capital, et seulement lorsque l'Assemblée est appelée à statuer sur le bilan, § 125, al. 7, ce qui, d'après la loi de 1937, est une hypothèse exceptionnelle.

320. — Quels sont maintenant les droits de la minorité dans l'Assemblée ? Il y en a trois :

a) La minorité de 1/10^e du capital social peut obtenir un contrôle dit extraordinaire (*Sonderprüfung*). Le § 118 donne en effet à l'Assemblée le droit de nommer des commissaires-experts pour contrôler des opérations déterminées faites lors de la constitution ou de la gestion de la Société,

(1) V. les deux arrêts instructifs, Paris, 5 janvier 1939, *Basin et autres c. Richard et autres*, Sem. Jur. 1939, 998, note J. R.

en particulier lors d'une augmentation ou réduction du capital. La majorité requise est la majorité simple des voix, aucune dérogation statutaire n'est possible. Les actionnaires qui sont eux-mêmes visés directement ou indirectement, en leur qualité de membres actuels ou anciens de la Direction ou du Conseil de Surveillance, ne peuvent participer au vote, ni en leur propre nom ni au nom d'un tiers.

Lorsque cette majorité rejette une proposition tendant à procéder à un tel contrôle extraordinaire et que la proposition vise un acte de constitution ou un acte de gestion qui ne remonte pas à plus de deux ans, la minorité peut s'adresser au Tribunal, qui doit nommer les contrôleurs, si la minorité allègue des raisons qui rendent l'acte incriminé suspect d'impliquer une supercherie ou une violation grave de la loi ou des statuts. Ce droit est d'une grande valeur pour la minorité, alors surtout que le rapport annuel des contrôleurs ordinaires n'est pas communiqué, en Allemagne, à l'Assemblée générale, tandis que le rapport écrit des contrôleurs extraordinaires doit être mis par la Direction, sous peine d'amende commerciale, à l'ordre du jour de l'Assemblée, § 121, al. 3, prop. 4. Mais bien que la réforme de 1931 ait facilité un peu la mise en valeur de ce droit, elle est encore entourée de trop d'entraves : les requérants doivent déposer leurs actions jusqu'à la décision du juge et affirmer sous la foi du serment, ou prouver (1) d'une autre manière la possession des actions depuis trois mois au moins (2). En outre, le juge peut imposer, sur la demande de la Société, une *cautio judicatum solvi*, si la Société « rend vraisemblable » qu'elle aura une action en dommages-intérêts contre les ou un des requérants de la minorité. Enfin, le § 121, al. 4, ne

(1) La loi dit *glaubhaft machen*, ce qui veut dire « rendre vraisemblable » : c'est une notion du droit de procédure allemand qui signifie une sorte de commencement de preuve.

(2) Sur le calcul du temps de possession, le § 64 de la Loi contient une règle spéciale permettant à l'actionnaire de se prévaloir du temps où étaient propriétaires sa banque, à titre de commissionnaire d'achat, ou une personne de laquelle il a acquis les actions à titre universel, etc.

donne pas seulement à l'Assemblée Générale le droit de statuer sur la question de savoir si la Société va assumer les frais du contrôle provoqué par la minorité, ce qui est équitable, mais il prescrit aussi qu'en cas de rejet de la demande ou en cas d'un résultat négatif du contrôle, les actionnaires coupables de dol ou de faute lourde sont solidairement responsables du dommage qui a pu résulter de leur demande pour la Société.

b) Si, par un contrôle extraordinaire, ou autrement, une faute a été révélée, il appartient à la Direction d'intenter l'action en dommages-intérêts. Mais l'Assemblée Générale peut lui forcer la main (1). Le § 122 donne force obligatoire à la résolution prise par la simple majorité des voix ou appuyée par 1/10^e du capital social. Si les faits donnant lieu aux dommages-intérêts résultent d'un rapport, soit des contrôleurs de la constitution (ou d'une constitution subséquente au sens du § 45), soit des contrôleurs du règlement de comptes annuel, soit des contrôleurs extraordinaires, une minorité comprenant le 1/20^e du capital social suffit.

L'Assemblée peut nommer des mandataires spéciaux pour soutenir l'action en justice. Sur la demande de la minorité, le Tribunal en charge les personnes choisies par cette minorité. Mais, à la différence des mandataires de l'art. 17 L. 1867, ces représentants agissent au nom de la Société, et non pas au nom de la seule minorité (2). Les mandataires ou représentants légaux sont tenus d'introduire la demande dans les six mois à partir de l'Assemblée Générale, § 123, al. 1. Les renonciations et transactions, — déjà soumises au délai quinquennal, à l'agrément de l'Assemblée Générale et à l'absence d'une opposition de

(1) Une action contre les directeurs en fonction doit être intentée par le Conseil de surveillance, qui lui ne peut agir qu'avec l'autorisation de l'Assemblée, § 97, al. 1, sauf dans les cas du § 97, al. 2, c'est-à-dire pour dégager la responsabilité d'un de ses membres.

(2) Les rapports de ces mandataires spéciaux avec les représentants légaux ordinaires de la Société ne sont pas clairs, en raison du texte obscur du § 122, al. 2, prop. 3.

1/5^e du capital social, par les §§ 43 (relatif à la constitution) et 84, al. 4, prop. 3 (relatif à la gestion), — sont rendues encore plus difficiles lorsque l'exercice de l'action a été imposé par la minorité : il faut que tant d'actionnaires de la minorité y consentent que le reste ne représente plus le dixième ou vingtième du capital social, § 124.

Toute cette réglementation est en apparence assez satisfaisante, mais la mise en valeur de ce droit minoritaire est trop souvent paralysée par le § 123, al. 2 à 5, qui astreignent les actionnaires de la minorité à des dépôts, preuves, sûretés et responsabilités analogues à ceux requis pour le contrôle extraordinaire.

c) La réforme du 19 septembre 1931 a donné à la minorité un droit nouveau, celui de protester contre le choix par la majorité des contrôleurs tant ordinaires, § 136, al. 2 et 3, qu'extraordinaires, § 118, al. 3. Le § 118, al. 3 permet à la minorité représentant 1/10^e du capital social de demander au Tribunal, dans les deux semaines à partir de l'Assemblée Générale, la nomination d'autres contrôleurs, en vue d'empêcher ainsi la manœuvre de la majorité qui consiste à décider un contrôle extraordinaire réclamé par la minorité pour pouvoir choisir les contrôleurs. De même, une minorité représentant 1/10^e du capital social peut protester contre le choix des contrôleurs du règlement de comptes annuel, § 136, al. 2. La protestation est jugée par le Tribunal cantonal en première et dernière instance, les intéressés entendus. S'il trouve la protestation justifiée, le Tribunal nomme d'autres contrôleurs. Mais le § 136, al. 3, ajoute que la protestation doit émaner d'actionnaires qui « rendent vraisemblable » qu'ils ont acquis leurs actions trois mois au moins avant la date de l'Assemblée Générale.

A première vue, ces droits minoritaires sont assez considérables. Mais leur valeur pratique est compromise, d'abord par les conditions d'exercice que nous avons déjà signalées, ensuite et surtout par la difficulté de réunir dans une grande société 1/10^e ou même 1/20^e du capital social.

321. — La protection de l'actionnaire individuel est

moins spectaculaire mais plus efficace. Il n'a pas de droit de contrôle, sauf celui de participer à l'Assemblée Générale et d'y poser des questions. A plus forte raison, il ne peut se mêler de la gestion (1). Mais contre les abus de la majorité, il est défendu d'abord et surtout par le droit objectif, et en seconde ligne par certains droits intangibles, les fameux « droits propres ».

a) Par l'expression « droit objectif », nous entendons le caractère impératif des règles légales. Nous avons vu que la loi allemande régit d'une manière plus minutieuse et rigide que la loi française l'organisation de la société anonyme. Par là les fantaisies de la majorité sont sensiblement freinées. Ainsi les droits corporatifs, dits de co-administration, sont à l'abri de toute atteinte. L'actionnaire a la certitude que les grandes lignes de l'organisation sociale sont soustraites aux décisions de la majorité. Il a de même la certitude que ses engagements patrimoniaux vis-à-vis de la Société sont rigoureusement limités au taux d'émission de son action et qu'ils ne peuvent être augmentés par l'Assemblée Générale. Ce principe, que l'art. 31 L. 1867 formule comme exception particulière à l'omnipotence de l'Assemblée, n'est en réalité qu'une des nombreuses règles d'ordre public gouvernant le droit des sociétés anonymes. C'est un principe si élémentaire que la Loi allemande ne le formule même pas d'une façon générale, mais en signale seulement quelques applications dans le § 49, al. 1 (la mise est limitée par le taux nominal ou d'émission de l'action) et dans le § 147 (obligation à des prestations accessoires) (2).

Ces principes seraient incomplets, si la majorité pouvait

(1) L'actionnaire peut cependant demander au Tribunal de compléter le Conseil de surveillance, § 89, *supra* n° 277, et de nommer des contrôleurs du règlement de comptes annuel, § 136, al. 4 ; v. *infra*, n° 368.

(2) Il faut cependant remarquer ceci : toute décision contraire au § 49, même décidée par tous les actionnaires à l'unanimité, est nulle, comme contraire à la nature de la société par actions, § 195, n° 3 ; le texte du § 147 admet au contraire une décision prise avec l'agrément de tous les actionnaires intéressés, de sorte qu'on peut parler ici d'un « droit propre » au sens technique du mot qui sera exposé sous b).

échapper aux règles impératives de la loi allemande en changeant le statut juridique et la nationalité de la Société par un transfert du siège à l'étranger (nous exposerons plus loin que la distinction qui s'ébauche en France entre les deux notions de statut juridique et de nationalité n'existe pas en Allemagne). Malgré l'absence d'une prohibition analogue à celle de l'art. 31, al. 1, prop. 2, L. 1867, la jurisprudence allemande est constante pour déclarer impossible une décision de transfert de siège à l'étranger et de changement de nationalité : une telle décision ne peut être maintenue qu'à titre de décision portant dissolution. Cette jurisprudence protège non seulement les actionnaires, mais aussi les créanciers, de sorte que même une décision unanime de tous les actionnaires est inopérante. Les actionnaires peuvent naturellement tomber d'accord que l'actif net de liquidation sera apporté à une société constituée à l'étranger. Si le pays étranger considère la nouvelle société comme la continuation de l'ancienne, il est douteux, de même qu'en France, que cette identité puisse être reconnue (1).

Parmi les règles du droit objectif qu'il faut relever, une place de premier rang convient à celles, légales ou jurisprudentielles, contre l'abus de droit, et surtout au § 197, al. 2, contre l'abus du droit de vote. Grâce à lui, on peut combler une lacune du droit allemand relative au changement du but de la Société, plus spécialement relative à l'abandon du but lucratif. En France, le problème ne se pose pas, le but lucratif étant de l'essence des sociétés, y compris les sociétés anonymes (2). Mais en Allemagne il en est autrement (*supra*, n^{os} 61 ss. et 102), et on a vu des majorités décidant que tous ou une partie des bénéfices

(1) V. en France Jur. Cl. Sociétés, fasc. 142, n^o 115 ; NIBOYET, *Traité de Droit international privé français*, II, 1938, n^o 783, pp. 303-305. En Allemagne : G. BEITZKE, *Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht*, Munich et Berlin, 1938, pp. 180-189.

(2) Sur la distinction entre société et association en droit français, cf. l'arrêt récent en matière fiscale, Req., 15 novembre 1936, Coopérative de Producteurs de la Vendée, *Giurisprudenza Comparata di Diritto Commerciale*, II, Rome 1938, n^o 83, p. 78, note A. BRUN.

seront versés à la caisse d'un groupe politique. La minorité a protesté, et avec raison semble-t-il ; à notre avis, une telle décision tombe sous le coup du nouveau texte qui condamne les décisions lésant délibérément la minorité en vue d'un avantage extra-social de la majorité ou d'un tiers.

322. — Mais la protection de l'actionnaire par les règles du droit objectif et la proscription générale de l'abus de droit ne suffisent pas. Les règles du droit objectif ont dû quand même laisser aux statuts une certaine liberté ; la répression de l'abus de droit a été formulée d'une manière très prudente par la Loi dans les §§ 101 et 197, al. 2 ; tout en abandonnant l'idée classique de la fraude d'après laquelle l'abus n'existe que si le préjudice de la Société ou des autres actionnaires est le but exclusif ou au moins principal de l'acte incriminé, elle s'est bien gardée de suivre les partisans trop avancés du droit-fonction qui qualifient de détournement tout exercice par l'actionnaire de ses droits dans un but égoïste. La solution intermédiaire de la Loi ne réprime, nous l'avons vu, que l'égoïsme doublé de la mauvaise foi. Comme l'a très bien dit M. SOLUS (note au S. 1938.11.100 *in fine*) : « La notion du détournement de pouvoir dans la matière des sociétés doit être considérée avant tout comme subsidiaire ; mieux vaut, étant donné la généralité de conception dont elle procède, n'y recourir qu'à défaut de tout autre moyen de droit plus précis et, partant, d'un emploi plus efficace et moins douteux. »

323. — *b)* C'est précisément pour cette raison que la notion des « droits propres » de l'actionnaire garde une certaine valeur. On ne saurait parler d'un droit propre dans les hypothèses susvisées sous *a*, sous peine d'enlever à ce terme toute signification précise (1). Ce terme convient

(1) La terminologie confuse ne se trouve pas seulement chez beaucoup d'auteurs allemands et français, mais même dans l'art. 646 C. e. suisse (texte du 18 décembre 1936) : « Les actionnaires ne peuvent être privés, sans leur assentiment, des droits acquis attachés à leur qualité d'asso-

aux seuls cas où la loi permet une résolution, en particulier une modification aux statuts, mais exige qu'elle soit agréée par les actionnaires lésés, sous peine de leur être inopposable.

L'existence de tels droits a en Allemagne une base légale dans le § 35 C. civ. qui dispose que les droits propres (*Sonderrechte*) des membres d'une association ne peuvent être affectés par les décisions de l'Assemblée Générale prises sans le consentement de ces membres. Doctrine et jurisprudence ont toujours considéré le § 35 C. civ. comme un principe général applicable par analogie aux sociétés par actions. Toutefois cette disposition a donné lieu à de grandes difficultés (1). On ne peut en effet trouver aucune définition satisfaisante des « droits particuliers », si ce n'est que ce sont des droits soustraits au vote de l'Assemblée Générale. Loin de donner une solution, le § 35 C. civ. ne fait donc que signaler une question ouverte.

Une solution de cette question par l'énumération, dans la Loi sur les Sociétés par actions, des droits intangibles des associés, c'est-à-dire des droits que l'Assemblée Générale peut altérer, mais seulement avec l'agrément des actionnaires lésés, aurait été la bienvenue. Au demeurant, la confusion est grande. Le commentaire officieux considère comme droits particuliers tous les droits de co-administration attachés à la qualité d'associé (2). Cette opinion ne s'écarte pas seulement du sens littéral du terme « droits particuliers », elle se heurte aussi au caractère d'ordre

ciés. Sont considérés comme droits acquis de l'actionnaire ceux qui, en vertu d'une disposition légale ou statutaire, ne dépendent pas des décisions de l'Assemblée générale et de l'Administration, ou dérivent de la faculté de participer à l'Assemblée générale. Tel est le cas en particulier de la qualité d'associé, du droit de vote, du droit d'attaquer une décision sociale, ainsi que du droit aux dividendes et à la part de liquidation. »

(1) V. J. v. STAUDINGER, BGB, vol. I, éd. 1936, par RIEZLER, § 35, notes 2-9, pp. 268-273, avec références. La théorie allemande des droits particuliers a fortement impressionné THALLER, v. sa note sous Cass. civ., 30 mai 1892, D.P. 1893, I, 105 (113-14).

(2) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, etc., *Commentaire*, § 102, note 4, p. 464.

public des règles protégeant ces droits de co-administration qui ne peuvent être modifiés, même avec le consentement des associés respectifs.

324. — La carence de la Loi de 1937 a, du moins, l'avantage de ne pas faire obstacle à la libre recherche scientifique. Avec raison, on estime en général à l'heure actuelle qu'il n'y a pas de critère qui permette de reconnaître à première vue les droits particuliers (1). La Loi en désigne un formellement, savoir dans le § 147 (2), d'autres résultent implicitement de la loi (3) ou des principes généraux du droit des sociétés par actions. La jurisprudence n'est pas favorable à la reconnaissance de droits dont la suppression exige, en outre de la majorité requise pour toute modification des statuts, le consentement du titulaire. Ces droits ne concordent pas avec la tendance de n'accorder des droits aux actionnaires que dans l'intérêt de la Société ou dans l'intérêt public, droits qui, ou bien sont soustraits à toute atteinte, même à la renonciation du bénéficiaire, ou bien soumis à la loi de la majorité ; les droits particuliers ne conviennent pas aux actionnaires qui peuvent à tout moment aliéner leurs parts. Cette possibilité — il est vrai — doit leur être garantie, et c'est précisément ce droit à la libre négociation des actions auquel la jurisprudence a attribué le caractère de droit particulier (4). On a parfois l'impression que la doctrine des droits particuliers et l'application du § 35 C. civ. en droit des sociétés par actions ne sont soutenues que pour justifier cette jurisprudence,

(1) V. J. LEHMANN, § 250, note 8, avec références ; R. GOLDSCHMIDT, *Grundfragen*, § 5, pp. 51-71.

(2) § 147 : « Une délibération astreignant des actionnaires à des obligations accessoires (§ 50) n'est valable que du consentement de tous les actionnaires visés ».

(3) P. ex. § 192, al. 1 : Interdiction de l'amortissement forcé des actions non prévu dans les statuts primitifs, d'où on conclut avec raison qu'on ne peut retirer à un actionnaire sa qualité d'associé contre son gré.

(4) V. Trib. d'Emp., 4 avril 1908, *RGZ* 68, 211 (relatif à une société à responsabilité limitée). Récemment la Cour de Berlin a considéré comme droit particulier le droit au dividende de liquidation, arrêt du 16 septembre 1937, *JW* 1937, 2979, n° 24.

comme si un texte dénué de tout sens précis était un meilleur argument que les raisons pratiques et d'équité.

Dans l'état actuel des textes et de la jurisprudence, on peut affirmer que cinq seulement de ces droits sont reconnus : 1° la qualité d'actionnaire (défense d'exclusion, v. *supra*, n° 316 sous b) ; 2° la participation dans l'actif net de la liquidation (v. *supra*, n° 227) ; 3° le droit du libre transfert de l'action (défense de la clause d'avis ou d'agrément; v. *supra*, n° 84) ; 4° le droit de vote simple (défense de transformer une action simple en action privilégiée sans droit de vote) ; 5° le droit de délégation (défense de priver un actionnaire du droit qu'on lui a conféré selon le § 88).

Le droit sous 1° a un fondement dans un texte, savoir dans l'interdiction de l'amortissement forcé, non prévu au moment de l'émission des actions, § 192, al. 1. Les droits sous 2° et 3° ont été proclamés par la jurisprudence ; les droits sous 4° et 5°, devenus nécessaires seulement à la suite de La loi de 1937, ne sont jusqu'ici connus que de la doctrine (1). Aucun droit propre n'existe relativement au dividende (2), ni même au maintien d'une certaine égalité lors de sa distribution ou ailleurs (v. *supra*, n°s 95 à 98) ; seul le § 197, al. 2, protège l'actionnaire à cet égard.

325. — Ainsi, par la force des choses, le nombre des droits propres est très réduit, bien que l'existence de tels droits soit reconnue en principe. Inversement, en France, où le législateur ignore ce genre de droits, ils existent quand même. Les droits sous 4° et 5° sont naturellement superflus en France, le droit de vote minimum étant garanti à chaque actionnaire par des lois impératives, et le droit de délégation étant inconnu. Le droit sous 3° a été formellement nié par la Cour de cassation dans son arrêt

(1) V. SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 115, note 2, p. 510 ; § 88, note 11, p. 399.

(2) Si le dividende a été décidé, l'actionnaire a un droit intangible, mais c'est en qualité de créancier et non pas en qualité d'associé ; les droits propres sont des droits d'associé.

du 9 février 1937, dans l'affaire Dame Vve Dewailly c. Le Progrès de la Somme (1). Mais par l'arrêt du même jour au profit des époux Laurent contre la même Société (2) la Chambre Civile a reconnu néanmoins un droit propre de l'actionnaire, en qualifiant d'excès de pouvoir l'insertion dans les statuts d'une clause de préemption qui ne garantissait pas à l'actionnaire le juste prix de son action. Quant aux droits susvisés sous 1° et 2°, la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer clairement, mais la doctrine est presque unanime pour les affirmer (3). Les différences entre les deux législations ne concernent donc que les détails. Toutefois, en France, la question est peu intéressante de savoir si une résolution heurte un droit propre ou est nulle pour illégalité ou abus de droit, la sanction étant toujours le droit pour l'actionnaire lésé de se prévaloir de la nullité par voie d'action ou d'exception. Il en est autrement en Allemagne, où seule la violation d'un droit propre entraîne une nullité à la fois relative et opérant de plein droit. Les autres illégalités entraînent, ou bien la nullité absolue, ou bien la simple annulabilité, toutes deux soumises à un régime spécial restreignant considérablement, dans l'intérêt de la sécurité juridique, le droit des actionnaires de se défendre contre la violation de leurs droits.

e) *Les Nullités*

326. — Jusqu'à la réforme de 1884, la loi allemande était aussi muette sur la nullité des résolutions de l'Assemblée Générale que l'est encore à l'heure actuelle la loi française. Les mêmes incertitudes régnaient qu'à présent en France, surtout sur les trois questions suivantes :

1° Dans quelles hypothèses la résolution est-elle frappée

(1) D. P. 1937.1.73 (77), note BESSON.

(2) D. P. 1937.1.73 (78) ; dans le même sens : Req., 21 décembre 1937, D. H. 1938,67 ; Paris, 27 novembre 1938, D. H. 1939,91.

(3) V. Jur. Cl. Sociétés, fasc. 142, n°s 84-89 ; cf. Trib. Com. Seine, 2 mai 1938, *Gaz. Pal.* 26 juillet 1938.

d'une nullité absolue, et dans quelles hypothèses est-elle frappée d'une nullité seulement relative, et qui dans ce dernier cas peut s'en prévaloir ? 2°. Y a-t-il un délai pour l'exercice de cette action ? ; 3°. Le jugement prononçant la nullité a-t-il force de chose jugée envers les tiers non partie au procès ?

La réforme de 1884 a inséré dans le Code plusieurs dispositions qui sont devenues les §§ 271-273 du Code de 1897. Ces paragraphes — dont on a pu dire qu'ils ont été plus souvent invoqués au prétoire que toutes les autres règles du droit des sociétés ensemble — déclarent, entre autres, que toute résolution, même illégale, est en principe valable. Mais la violation de la loi ou des statuts ouvre pendant un mois une action en annulation à tout actionnaire qui a protesté dans l'Assemblée, ou qui indûment n'a pas été admis à l'Assemblée, ainsi qu'à la Direction. Le jugement contre la Société entraîne la nullité à l'égard de tous les actionnaires.

Toutefois, la jurisprudence se voyait bientôt contrainte de reconnaître, à côté de l'annulabilité, des nullités absolues. Il en fut ainsi dans des cas de vice de forme, et surtout lorsque le contenu de la résolution était contraire à des règles d'ordre public, de sorte qu'on ne pouvait admettre leur validation, par le seul fait que personne n'intentait en temps utile une action en annulation. Parmi ces règles d'ordre public, figurait naturellement le § 138 C. civ. déclarant nuls les actes contraires aux bonnes mœurs. Le Code ne contenant aucun texte sur l'abus de droit, ce fut ce § 138 qui servit de base à la jurisprudence pour le réprimer. Mais cette construction avait cet inconvénient que la lésion de la minorité, étant assimilée à la violation d'une règle d'intérêt public, entraînait une nullité de plein droit et absolue, peu conforme à la nature des choses (1). Avec raison, les projets de 1930 et 1931

(1) Un revirement de la jurisprudence s'annonçait cependant dans les arrêts des 9 janvier 1931, *RGZ* 131, 141 (145), et 22 janvier 1935, *RGZ* 146, 385 (388).

et le législateur de 1937 ont pris soin de régler d'une manière plus détaillée la matière, en précisant surtout les cas de nullité absolue et en trouvant pour eux une réglementation qui concilie les nécessités de l'ordre public et les exigences de la sécurité de la vie commerciale (1).

327. — Le § 195 énumère limitativement les cas de nullité absolue. Il rappelle d'abord quelques cas particuliers réglés ailleurs. Les raisons de nullité qui peuvent vicier toutes sortes de résolutions sont les suivantes :

1° L'Assemblée n'a pas été convoquée conformément au § 105, al. 1 et 2. L'Assemblée est pourtant valable si tous les actionnaires ont participé à l'Assemblée ou se sont fait représenter ;

2° Le procès-verbal ne remplit pas la forme authentique prescrite par le § 111, al. 1, 2, 4 ;

3° La résolution est, par son contenu, incompatible avec les « caractères essentiels » (*Wesen*) d'une société par actions, ou elle viole des dispositions légales destinées uniquement ou principalement à protéger les créanciers ou l'intérêt public ;

4° La résolution est, par son contenu, contraire aux bonnes mœurs. Il ne suffit donc plus que seule la manière dont elle a été obtenue ait été immorale, ces cas étant désormais réglés par le § 197, al. 2 sur l'abus de droit ;

5° La résolution a été rayée d'office du Registre du commerce.

328. — Les n°s 3° et 5° demandent des explications. Le motif sous 3° sera sans doute le plus souvent invoqué. On voit que le législateur, au lieu de désigner clairement les dispositions d'ordre public, se contente d'une formule d'ordre général qui enlève à l'énumération du § 195 une partie de sa valeur. Tout dépend du sens de la règle légale

(1) La matière est réglée dans la 7^e partie du 1^{er} livre, qui s'intercale entre la 6^e partie relative à la modification des statuts, y compris les augmentations et réductions du capital, et la 8^e et dernière partie du premier livre consacrée à la dissolution et à la nullité de la Société.

violée par la résolution de l'Assemblée, et précisément sur ce point il y a et il y aura très souvent des divergences de vue. Les Motifs Officiels préconisent de ne pas interpréter d'une manière trop restrictive le terme « intérêt public » et de comprendre sous cette expression l'ensemble des règles édictées au profit des créanciers et actionnaires futurs. On pourrait donc croire, par exemple, que les règles sur l'articulation du bilan tombent sous le coup du § 195, 3°. Or il résulte du § 197, al. 3, que leur violation ne donne lieu qu'à l'annulation, cette disposition restreignant même l'annulation aux cas de violation grave. On voit donc que le texte du 3° laisse subsister beaucoup de doutes. Le seul progrès se trouve dans les mots « par son contenu » qui mettent en lumière que les vices de forme non énumérés sous 1° et 2° ne donnent lieu qu'à l'annulation.

329. — Le 5° est nouveau, mais il confirme seulement ce qui était déjà reconnu. Pour apprécier sa portée, il faut jeter un coup d'œil sur l'al. 2 du § 144 de la Loi sur la Jurisprudence Gracieuse, dont nous avons étudié l'al. 1 dans le chapitre sur la nullité de la Société (*supra*, n° 155). Cette disposition permet de rayer d'office du Registre du commerce les résolutions dont le contenu est contraire aux lois impératives et dont la suppression est nécessaire dans l'intérêt public. La règle du § 195, 5° ne vise donc que les résolutions immatriculées au Registre du commerce, c'est-à-dire surtout les modifications aux statuts. A première vue, elle semble superflue, car la radiation ne peut avoir lieu que dans une hypothèse où la résolution tombe déjà sous le § 195, 3° ou 4°. En réalité, son importance est considérable. Elle signifie que dans le cadre du § 144, al. 2, la juridiction gracieuse peut statuer avec autorité *erga omnes* sur la validité de la résolution. Même si aucun intéressé n'a intenté une action en nullité, même si une action a été rejetée par les tribunaux civils, même si l'action en déclaration de la nullité a été éteinte par une des raisons du § 196 dont nous parlerons encore, le juge

cantonal peut, d'office, anéantir la résolution, et lorsque sa décision, qui ne peut être attaquée que par les moyens de recours prévus par la Loi sur la Juridiction Gracieuse, est devenue définitive, elle tient lieu de jugement.

330. — L'existence de la radiation d'office a permis au législateur une innovation heureuse, savoir l'extinction de l'action en déclaration de la nullité et de tout autre moyen de droit privé de faire valoir la nullité. L'intérêt public reste sauf, son gardien étant le juge de la juridiction gracieuse. Mais l'action en déclaration de la nullité ne servant que des intérêts privés, le § 196 lui fixe des limites : la nullité du § 195, 2° est couverte dès l'immatriculation au Registre du commerce ; les autres nullités du § 195 sont couvertes trois ans après l'immatriculation (1). Bien entendu, l'immatriculation est, dans tous ces cas, due à une inadvertance du juge, mais le législateur pense avec raison que les tiers doivent être protégés dans leur confiance sur la validité de la résolution après que celle-ci a été contrôlée par un juge et est restée incontestée pendant trois ans. Cette protection des tiers n'est limitée que dans la mesure où l'intérêt public est en jeu ; mais ces cas où la nullité n'est pas complètement couverte, mais seulement transformée en une annulabilité par décision du juge du Registre du commerce, seront très rares, puisque après trois ans, l'intérêt public n'exigera la suppression d'une résolution ayant un contenu illégal que si cette illégalité risque encore d'avoir des conséquences, sinon le dommage de la suppression sera plus grand que celui du maintien, et le § 144, al. 2 de la Loi sur la Juridiction Gracieuse ne sera pas applicable. Les décisions non immatriculées, qui ne sont soumises ni au contrôle préalable ni à la radiation d'office, ne profitent pas de la règle du § 196.

(1) L'application analogue du § 196, al. 2 aux nullités particulières non réglées au § 195 (l'al. 1 y fait cependant allusion) semble indiquée, à l'exception de la nullité du § 159, al. 4 (résolution prise à l'encontre d'une augmentation conditionnelle décidée antérieurement, v. *supra*, n° 200) parce qu'il s'agit là d'une atteinte aux droits des tiers (v. le numéro suivant).

331. — Comme toujours lorsque la loi prétend énumérer d'une manière limitative les cas de nullité et attribue aux actes nuls quand même certains effets, la question de l'inexistence se pose, c'est-à-dire la question de savoir quelles sont les conditions qu'un acte doit remplir pour qu'il profite de cette limitation des nullités et de ce minimum d'effet. En notre matière, le problème est particulièrement délicat. L'absence radicale des formes légales semble être prévue par les n^{os} 1^o et 2^o du § 195. Cependant, il est impossible de faire bénéficier du § 196 une prétendue résolution d'assemblée qui en réalité a été adoptée par un vote écrit, tel qu'il est permis aux membres d'une société à responsabilité limitée et aux Conseils de Surveillance des sociétés par actions, mais non pas aux actionnaires. Bien qu'un juge ait, par erreur, immatriculé une telle résolution, elle doit rester irrémédiablement sans effet. Il y a donc des vices de forme qui sont tellement graves qu'on ne saurait parler d'une résolution d'assemblée, même nulle.

D'une importance pratique plus grande sont les vices de la même gravité relatifs au contenu de la résolution. En particulier, une décision de l'Assemblée est impuissante à porter atteinte à des droits qui ne sont pas soumis à la compétence de l'Assemblée, surtout aux droits des créanciers sociaux, parmi lesquels — il ne faut pas l'oublier — les actionnaires après le vote du dividende. Dans la mesure où une délibération lèse les droits des créanciers, elle n'est pas seulement nulle d'après le § 195, 3^o, mais dépourvue de tout effet. Faut-il résoudre dans le même sens la question de savoir si l'Assemblée peut prendre une décision dépassant clairement sa compétence à l'intérieur de la Société ? Certainement non, ces cas sont précisément visés par le § 195, 3^o, lorsqu'il parle d'incompatibilité avec les caractères essentiels d'une société par actions.

332. — Toutefois, entre ces extrêmes, il y a quelques hypothèses intermédiaires qui sont très douteuses : les

atteintes aux droits propres des actionnaires, les inobservations des dispositions légales prescrivant une délibération ou une assemblée spéciale de certains actionnaires, l'absence d'une autorisation ministérielle obligatoire. Ces hypothèses ont ceci de commun que la résolution de l'Assemblée souffre de l'absence d'une homologation indispensable (homologation de l'actionnaire lésé, de l'ensemble des actionnaires atteints, ou du ministre). Deux solutions semblent acquises (1) : lorsque l'homologation intervient, le vice est couvert ; tant qu'elle n'est pas intervenue et que la résolution n'a pas été immatriculée, celle-ci reste sans effet. Mais la situation se complique lorsqu'il s'agit d'une résolution à immatriculer et que, par erreur ou par fraude, une immatriculation a été effectuée. Le commentaire officieux (2) veut traiter les trois hypothèses de la même manière, en appliquant par analogie le § 196, al. 2. A notre avis, les trois hypothèses exigent chacune une solution différente et le § 196, al. 2 ne peut s'appliquer qu'à la dernière.

En effet, l'autorisation administrative est requise dans l'intérêt public et il est tout à fait indiqué de laisser, après trois ans, le soin de relever l'absence de cette autorisation au juge du Registre du commerce.

En revanche, la même solution appliquée aux droits propres signifierait la disparition complète, au bout de trois ans après l'immatriculation, de la possibilité de faire valoir l'irrégularité, la radiation d'office n'étant permise que dans l'intérêt public, qui n'est jamais en jeu ici. D'autre part, il a toujours été reconnu que l'actionnaire dont un droit propre a été lésé n'a pas besoin d'attaquer en justice la résolution de l'Assemblée et que celle-ci lui est de plein droit inopposable. Il convient donc d'assimiler les droits propres aux droits des créanciers et des tiers. Cette intangibilité absolue est d'autant moins dangereuse

(1) Trib. d'Emp., 21 juin 1935, *RGZ* 148, 175 (184-187), *JW* 1935, 3101 ; commenté par GESSLER, *DJ* 1936, 1491.

(2) SCHLEEIBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, note 3 avant § 195, p. 822 ; § 196, note 1, p. 836.

que le nombre des droits propres est très réduit et que les résolutions qui leur portent atteinte intéressent rarement les tiers.

Inversement, les résolutions soumises à l'approbation par une délibération ou une assemblée spéciale sont trop nombreuses (§§ 117 ; 146, al. 2 ; 149, al. 2 ; 160, al. 1 ; 169, al. 2 ; 174, al. 1 ; 175, al. 2 ; 182, al. 2 ; 192, al. 2) et trop importantes pour qu'on puisse en supporter la nullité pour le seul motif du défaut de cette assemblée ou délibération spéciale. Le délai de trois ans à partir de l'immatriculation irrégulière est trop long, alors surtout qu'aucun intérêt public n'est en jeu. La Loi étant muette, rien ne s'oppose à rapprocher la résolution non homologuée d'une résolution qui n'a pas été approuvée par la majorité légale et qui a été quand même proclamée comme adoptée. Une telle résolution n'est pas de plein droit inefficace, mais seulement annulable (1).

333. — Les autres illégalités et les violations des statuts rendent les résolutions *annulables*, § 197, al. 1, à moins que la Société ne démontre qu'il n'y a aucun rapport de cause à effet entre l'irrégularité commise et la résolution. La résolution annulable est valable jusqu'au jugement d'annulation. Le juge doit l'immatriculer (2), mais la Direction a le droit, peut-être le devoir, de ne pas solliciter, avant l'expiration du délai d'un mois du § 199, al. 1, l'immatriculation des décisions qui lui semblent annula-

(1) V. Trib. d'Emp., 24 octobre 1933, *RGZ* 142, 123 (127). A notre avis, la décision non homologuée devient donc une décision annulable par le fait de son immatriculation. Le délai pour intenter la demande ne court, à notre avis, qu'à partir de cette immatriculation.

(2) Cela semble du moins être l'avis du Trib. d'Emp. dans son arrêt du 21 juin 1935, *RGZ* 148. 175 (184 et 187 *in fine*) ; d'autres appliquent le § 127 loi sur la juridiction gracieuse, aux termes duquel le juge peut surseoir à une décision qui dépend de la résolution d'un litige, jusqu'au jugement du tribunal saisi du procès, et peut, si le procès n'a pas encore été intenté, impartir un délai à cet effet, cf. SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 197, note 8, pp. 441-442. Mais cette dernière procédure ne se recommande que si la demande en annulation a de sérieuses chances de réussir, que l'immatriculation n'est pas urgente et qu'elle puisse avoir des conséquences irréparables.

bles ; l'actionnaire qui entend intenter l'action en annulation peut d'ailleurs empêcher l'immatriculation par une ordonnance de référé contre la Direction (*einstweilige Verfügung*). En tout cas, l'immatriculation ne fait pas obstacle à l'annulation (sauf peut-être en ce qui concerne les effets rétroactifs du jugement à l'égard des tiers, v. *infra*, n° 346) ; la situation n'est pas différente de celle qui existe dès le début lorsqu'il s'agit d'une résolution non susceptible d'immatriculation (quitus, dividende, élection de contrôleurs ou de Conseillers de Surveillance, etc...).

334. — Le seul moyen d'invoquer l'annulabilité est la demande en annulation. Cette demande doit être intentée dans le mois de la délibération, § 199, al. 1. Elle n'est ouverte qu'aux personnes suivantes, § 198 : 1° Les actionnaires qui, dans l'Assemblée, ont demandé l'inscription de leur opposition au procès-verbal. Il ne suffit donc pas d'avoir voté contre, une protestation formelle est requise. Pour cette raison, l'actionnaire ne peut pas rectifier son vote après l'Assemblée ou l'attaquer pour vice de consentement. L'annulation de son vote ne peut suppléer à l'absence d'un contredit formel ; tout au plus peut-elle fournir une base à la demande en annulation introduite par un autre actionnaire qui, lui, a dûment protesté ; 2° Les actionnaires qui n'ont pas participé à l'Assemblée, soit qu'ils en aient été dûment exclus (1), soit que l'Assemblée n'ait pas été régulièrement convoquée ou que la résolution n'ait pas été indûment annoncée à l'ordre du jour (2). Ces actionnaires peuvent invoquer comme motif de leur action non seulement lesdits faits, mais toute irrégularité de la résolution ; 3° La Direction, c'est-à-dire un nombre de

(1) En France, l'opinion dominante considère la non-admission d'un actionnaire comme raison de nullité absolue, v. Montpellier, 23 octobre 1931, D. P. 1933.II.141, note FIC.

(2) Le n° 2 n'exclut pas le n° 1, de sorte qu'également les actionnaires présents à l'Assemblée peuvent intenter l'action fondée sur l'irrégularité de la convocation ; la loi allemande est ici plus sévère que l'opinion dominante en France, cf. Rennes, 10 juillet 1931, D. P. 1935.II.65, note A. CHÉRON (surtout p. 68 *in fine*).

Directeurs ayant qualité pour représenter la Société ; 4° Les Directeurs et membres du Conseil de Surveillance qui encourraient, par l'exécution de la résolution, une responsabilité civile ou pénale (1).

Dans deux hypothèses, le cercle des personnes qualifiées est plus large, ou plus restreint : *a*) en cas d'abus de droit (§ 197, al. 2, v. *supra*, n° 309), tout actionnaire, même ayant voté pour ou n'ayant pas pris part à l'Assemblée, peut intenter l'action ; *b*) une demande émanant d'actionnaires et dirigée contre une violation de la loi ou des statuts ou contre un abus de droit commis par des amortissements, rectifications de valeurs, réserves ou comptes de provisions exagérés, n'est recevable que lorsque les demandeurs représentent 1/20^e du capital social ; cette règle, qui se trouvait déjà dans le Code de commerce, est destinée à prévenir les actions vexatoires de coureurs de dividendes.

335. — Le jugement prononçant la nullité a force de chose jugée contre tous les actionnaires et administrateurs, § 200, al. 1, prop. 1. Pour éviter des jugements contradictoires, tous les procès en annulation d'une même résolution doivent être portés devant le tribunal civil du siège social, qui fixe l'audience à une date ultérieure à l'expiration du délai d'un mois du § 199, al. 1, § 199, al. 3. La Direction publie l'assignation et la date de l'audience dans les journaux de la Société, § 199, al. 5, de sorte que tous les actionnaires sont avertis et peuvent intervenir dans le procès, soit du côté de la Société (pour empêcher que l'administration, par sa gestion du procès, ne fasse tomber la résolution de l'Assemblée), soit du côté du demandeur. Si plusieurs demandes indépendantes ont été intentées, le tribunal joint les instances, § 199, al. 3, prop. 3.

336. — L'annulation ayant des conséquences très graves pour la Société, ses actionnaires et parfois même pour les

(1) Peut-on induire de cette règle qu'une telle résolution est toujours annulable ? Cela réduirait la difficulté signalée *supra* n° 288 *in fine*.

tiers, la question de l'abus de droit surgit ici également. Précisément parce que la nullité n'opère pas de plein droit, le problème s'est corsé. En effet, la nullité absolue peut être invoquée incidemment par tout intéressé, et une demande principale en vue de la faire déclarer n'est dès lors recevable — ainsi que toute demande en constatation d'un rapport juridique (*Feststellungsklage*) — que si le demandeur prouve l'existence d'un intérêt actuel, § 256 C. proc. civ. allemand. En revanche, en cas d'annulabilité, la demande en justice — à intenter dans un délai préfix — étant le seul moyen de défense contre la résolution, on ne peut exiger de l'actionnaire qu'il prouve un intérêt actuel. En sa qualité d'actionnaire, il s'est soumis d'avance aux décisions légales et statutaires de l'Assemblée, mais il a un droit absolu de réclamer que le juge le préserve d'avoir à supporter les excès de pouvoir de la majorité (1).

337. — Le demandeur ne doit démontrer un intérêt particulier à l'annulation que lorsqu'il attaque une résolution négative (rejet d'une proposition). Une telle annulation est en règle générale dépourvue de sens. En effet, cette annulation ne vaut jamais adoption de la proposition rejetée, alors même que le rejet annulé avait sa base dans une simple erreur de calcul ou dans une méconnaissance de la majorité requise. C'est du moins l'opinion adoptée après quelques hésitations par la jurisprudence, qui estime avec raison que le juge saisi de la demande en annulation ne saurait se substituer au président de l'Assemblée Générale en déclarant adoptée telle ou telle proposition, qui peut être elle-même entachée d'un vice qui la rend annulable (2).

(1) Jurisprudence constante, v. Trib. d'Emp., 22 janvier 1935, *RGZ* 146, 385 (395). En France, où n'existe que la demande en déclaration de nullité, un intérêt est toujours requis, mais à notre avis la jurisprudence est parfois trop sévère, par exemple Req., 16 mars 1938, Breton c. Duerot, *Sem. Jur.* 1938, 728, note J. R. (rejet de la demande d'un actionnaire fondée sur la nullité du vote d'un créancier gagiste, pour le motif que ce vote avait empêché la faillite).

(2) V. Trib. d'Emp., 24 octobre 1933, *RGZ* 142, 123 (129). Sur les conséquences de cette jurisprudence, v. *supra*, n° 310.

338. — La demande en annulation étant ainsi ouverte en principe à tout actionnaire protestataire, les actions vexatoires ou intentées dans un but de chantage sont à craindre. Le législateur a pris quelques précautions. Le tribunal peut ordonner à l'actionnaire demandeur de fournir une caution lorsque la Société rend probable qu'elle a ou aura un recours en dommages-intérêts, § 199, al. 4. Ce recours a été lui-même rendu plus aisé par le § 200, al. 2, de la Loi, qui ne déclare plus responsables les seuls demandeurs de mauvaise foi, mais aussi les actionnaires ou administrateurs ayant commis une faute lourde en intentant la demande mal fondée. En outre, le § 199, al. 6, a mis fin à la jurisprudence qui, conformément à la lettre du Code de Procédure civile, fixait la valeur du litige d'après le seul intérêt du demandeur. Cette pratique avait pour conséquence que le demandeur intentait souvent l'action en qualité de propriétaire d'une seule action, de sorte que la valeur du litige était tout au plus égale à la valeur de cette action et que les frais de justice à avancer ou à risquer étaient minimes. Désormais, le tribunal doit tenir compte « de toutes les circonstances, y compris l'intérêt de la Société au maintien de la résolution ».

339. — Ces palliatifs ont paru insuffisants à certains auteurs. Une théorie récente prétend que le droit d'agir en annulation est un droit-fonction, et que la demande n'est donc recevable que si l'actionnaire demandeur se comporte vraiment comme organe de la Société, c'est-à-dire s'inspire de l'intérêt social.

Cette théorie a trouvé des partisans surtout en Italie, où on en tire cette conclusion étrange que la demande peut être introduite par une personne qui a voté pour la résolution attaquée ou qui n'est devenue actionnaire qu'après l'Assemblée Générale (1). D'après le § 199, al. 2, le deman-

(1) Cf. A. DE GREGORIO, *Delle Società e delle Associazioni Commerciali*, Turin, 1938, p. 484, avec références. En Allemagne : R. FISCHER, *Die Aktiengesellschaft*, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, III, I, Leipzig, 1916, p. 207.

deur n'agit cependant pas au nom de la Société contre la majorité, mais précisément contre la Société qui dans ce cas est représentée à la fois par la Direction et le Conseil de Surveillance, pour éviter une collusion entre la Direction et le demandeur (1). En outre, ladite théorie part de l'idée creuse d'un intérêt de la Société différent, indépendant, voire supérieur à l'intérêt des actionnaires. Ce qu'on vise en réalité par cette expression, c'est ou bien l'intérêt public au respect de la loi — mais le gardien de cet intérêt est le juge du Registre du Commerce et non pas le demandeur en annulation — ou bien l'intérêt des actionnaires « fidèles » (v. *suprà*, n° 17), intérêt qui mérite peut-être qu'on en ait particulièrement soin dans la gestion, mais qui ne peut jamais justifier des illégalités.

340. — L'opinion dominante reconnaît que le droit de demander l'annulation n'est donné à l'actionnaire ni dans l'intérêt de la loi, ni dans l'intérêt de la Société, mais dans le sien propre (2). Elle estime cependant, tout en recommandant la plus grande prudence dans l'application de cette doctrine, que l'actionnaire doit quand même respecter ses devoirs sociaux, sous peine de commettre un abus de droit qui rend son action irrecevable (3). On pense à

(1) Si la Direction est demanderesse, la Société est représentée par le Conseil de surveillance seul. La représentation par la Direction et le Conseil à la fois donne lieu à beaucoup de controverses de détail.

(2) Cf. BRODMANN, pp. 407-408.

(3) V. SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 198, note 5, p. 844 ; Trib. d'Emp., 22 janvier 1935, *RGZ* 146, 385 (395), *JW* 1935, 1550, note SIEBERT. On trouve dans ce dernier arrêt le passage suivant : « L'intérêt légitime de l'actionnaire réside dans le seul fait qu'il est membre de la Société, fait qui lui donne le droit d'attaquer, pour faire respecter le bon ordre (?), les délibérations incompatibles avec la loi ou les statuts, encore qu'elles ne lui fassent aucun tort personnel. Mais ce droit a ses limites au point où il devient contraire au devoir de fidélité qui incombe à chaque actionnaire vis-à-vis de la Société. L'actionnaire doit se sentir toujours comme membre de la communauté à laquelle il appartient, et il est tenu de faire de ce devoir la suprême idée directrice de sa conduite (?)... Bien entendu, c'est la Société défenderesse qui doit faire la preuve que l'exercice du droit de l'actionnaire est dans l'espèce abusif. »

la formule des §§ 101 et 197, al. 2. Mais convient-il vraiment d'utiliser ici la notion de la recherche égoïste d'un avantage extra-social au préjudice de la Société ou des actionnaires ? Cela nous semble douteux : d'abord, on ne saurait parler d'un préjudice au sens juridique pour la Société lorsqu'une décision illégale ou contraire à la charte sociale est mise à néant ; il est vrai que la Loi même, dans la nouvelle règle du § 199, al. 6, sur l'évaluation du litige, parle d'un intérêt de la Société au maintien de la résolution attaquée. Ensuite et surtout, si l'on comprend que l'actionnaire ne doit pas chercher des avantages extra-sociaux aux dépens de la Société ou des autres actionnaires, lorsqu'il exerce un droit de co-administration, on ne voit pas de quel droit on lui impose la même prohibition lorsqu'il défend sa liberté contre un excès de pouvoir de la Société. Une résolution annulable est un empiètement sur le domaine individuel extra-social de l'actionnaire, qui précisément fait valoir par sa demande qu'il ne veut pas tolérer que la Société lui impose quelque chose au-delà des devoirs qu'il a assumés vis-à-vis d'elle ou de ses associés. On peut dire : là où commence l'annulabilité cessent les liens et devoirs sociaux, qui précisément n'existent que dans le cadre de la loi et des Statuts dont l'actionnaire relève la violation par la demande en annulation. Toutefois, nous ne croyons pas qu'on doive écarter toute notion d'abus de droit en cette matière (1). Mais il faut s'en tenir aux principes généraux, indépendants de tout lien social, c'est-à-dire aux idées classiques de la chicane et de l'esprit malicieux (2).

341. — En dehors des actionnaires, le droit de demander l'annulation appartient à la Direction et aux membres

(1) C'est l'opinion de R. GOLDSCHMIDT, *Recenti Tedenze*, pp. 157-159 ; *Grundfragen*, pp. 47-51.

(2) Cette solution est suffisante, mais elle nous semble aussi nécessaire pour combattre des manœuvres telles que celles employées — aux dires de la Société — dans l'affaire jugée par le Trib. d'Emp. dans l'arrêt précité du 22 janvier 1935, où le demandeur attaquait une appro-

individuels de la Direction et du Conseil de Surveillance. En ce qui concerne ces derniers, il résulte du texte même du § 198, al. 1, n° 5, que ce droit leur est donné dans leur intérêt personnel qui est de dégager leur responsabilité. Leur demande n'est recevable que s'ils prouvent que l'exécution de la résolution engagerait leur responsabilité.

Le caractère du droit de la Direction, § 198, al. 1, n° 4, est moins certain. Certes, la Direction ne peut intervenir dans un intérêt purement égoïste, par exemple pour défendre les tantièmes de ses membres. Mais pour cela il n'est pas encore prouvé qu'elle doit ou peut agir dans le soi-disant intérêt de la Société. Cette notion n'est pas ici à sa place. Elle amènerait cette conséquence que la Direction pourrait attaquer une décision unanime des actionnaires. Quelques auteurs admettent que la Direction peut attaquer la fixation d'un dividende trop élevé et qui lui semble compromettant pour le développement de la Société. Mais une telle solution signifie que les actionnaires réels et actuels doivent sacrifier leurs intérêts à ceux d'actionnaires hypothétiques et futurs. On ne voit pas le sens d'un tel sacrifice. Même du point de vue de l'économie nationale, on ne saurait affirmer qu'il y ait un intérêt certain à ce que telle ou telle société se développe ; au contraire, si les actionnaires désirent retirer le plus d'argent possible, c'est probablement parce qu'ils ont en vue d'autres placements plus lucratifs ; or un placement plus lucratif sera, sauf exception (spéculation), un placement plus utile du point de vue général. Nous reviendrons sur cette idée importante dans le chapitre consacré au dividende. Ici nous en tirons cette conclusion que la Direction ne saurait agir que dans les cas où le pouvaient les actionnaires ou administrateurs individuels, et qu'elle agit dans ces cas en qualité de gardienne des droits des minorités et individus dont le sort est lié aux décisions de la Société (1).

342. — La différence profonde qui existe entre la nullité

bation des comptes. parfaitement juste au fond, dans le seul but de chantage.

(1) V. R. GOLDSCHMILT, *Grundfragen*, p. 50, note 40.

absolue et l'annulabilité n'empêche pas que parfois des doutes surgissent sur la question de savoir si une résolution est frappée de l'une ou de l'autre, et que plusieurs règles élaborées d'abord en vue de la demande en annulation conviennent également à la demande en déclaration de la nullité. La jurisprudence n'a jamais été sévère pour les fautes de qualification commises par les demandeurs. Elle admettait toujours une demande en annulation contre des résolutions nulles et une action se disant en déclaration de nullité contre une délibération annulable, pourvu naturellement que les conditions de l'action qui aurait dû être intentée aient été remplies (1).

La Loi de 1937 a précisé le rapprochement de ces deux sortes d'actions. Elle a étendu à toutes les demandes en déclaration de nullité la règle d'après laquelle les instances pendantes à la même époque doivent être jointes (v. *suprà*, n° 335), en ajoutant que la jonction doit avoir lieu également entre instances en nullité et instances en annulation, § 201, al. 2. Le § 201, al. 1, pousse l'assimilation encore plus loin, lorsque la demande en constatation de la nullité émane d'un actionnaire, de la Direction ou d'un administrateur individuel, ce qui sont les cas les plus fréquents, les tiers n'ayant presque jamais un intérêt légitime à intenter une demande principale en déclaration de nullité (v. *suprà*, n° 336) : une telle demande est soumise aux règles des § 199, al. 2 (la demande doit être dirigée contre la Société représentée par la Direction et le Conseil), § 199, al. 3, prop. 1 (compétence exclusive du tribunal civil du siège), § 199, al. 4 (l'actionnaire demandeur doit, dans certaines conditions, fournir une caution), § 199, al. 5 (publication de la demande et de la date de l'audience), § 199, al. 6 (évaluation du litige), § 200, al. 2 (responsabilité des demandeurs pour dol et faute lourde), § 200, al. 1 (force de chose jugée absolue).

(1) La jurisprudence allemande n'attache en général pas de valeur à la qualification juridique que le demandeur donne à sa demande ; la même tendance se fait sentir en France, v. Civ., 11 mars 1938, *Castro c. Menez*, *Sem. Jur.* 1938, 749, note R. D.

343. — Nous avons traité la matière des nullités des résolutions de l'Assemblée Générale d'une manière plus détaillée, parce qu'elle est réglée en Allemagne tout autrement qu'en France et qu'elle joue dans la pratique allemande un rôle primordial. Il ne faut pas oublier que l'actionnaire allemand n'a ni une action individuelle, ni l'exercice de l'action sociale en dommages-intérêts contre les administrateurs ; la seule action individuelle dont il dispose (abstraction faite de quelques hypothèses exceptionnelles) est la demande en annulation.

Lorsqu'on compare le régime des nullités en France et en Allemagne, la question se pose de savoir comment on peut justifier la restriction des cas de nullité et la sanction des vices mineurs par une simple annulabilité, régime de faveur qui profite aux seules décisions de l'Assemblée Générale et non pas à celles de la Direction ou du Conseil de Surveillance. La raison est la suivante : les décisions de l'administration ne peuvent, en principe, altérer les droits des actionnaires. Tout au plus peuvent-elles rendre leur mise en valeur pratiquement impossible, ce qui entraîne la responsabilité de la Société, et, dans certaines conditions, des administrateurs coupables (1). Par contre, l'Assemblée Générale est en principe toute-puissante. Il est donc naturel de faire profiter ses décisions d'une présomption de régularité. En outre, si l'Assemblée peut altérer les droits des actionnaires, c'est parce qu'elle a à statuer sur les questions touchant à la structure même de la Société. Ces décisions doivent être mises en question aussi peu et aussi vite que possible. C'est donc dans l'intérêt de la sécurité des actionnaires, du commerce des valeurs mobilières et de la Société, que le législateur allemand, depuis 1884, a limité autant que possible le cercle des personnes

(1) Il est vrai que ce principe n'est plus tout à fait exact sous la loi de 1937 qui a donné à la direction le droit d'établir le bilan et, en cas de capital autorisé, d'augmenter le capital. La nullité du bilan est réglée dans une disposition spéciale (§ 202), dont on parlera dans le chapitre suivant ; la nullité des décisions prises lors de la réalisation du capital autorisé donnera certainement lieu à des difficultés.

qualifiées pour faire tomber ladite présomption et le délai dans lequel ces personnes peuvent agir. Peut-être n'est-il même pas allé assez loin dans l'abandon de la notion de la nullité. Il reste en effet encore un problème mal éclairé et peu étudié dont pourtant un récent arrêt de la Cour de cassation italienne a démontré le saisissant intérêt (1), savoir les effets de la nullité ou de l'annulation à l'égard des tiers.

344. — En principe, les tiers sont désintéressés des décisions de l'Assemblée. Ils sont couverts par le pouvoir absolu de la Direction de représenter la Société. Mais dans certaines hypothèses, la nullité d'une résolution de l'Assemblée leur est quand même opposable. Il en est ainsi d'après les dispositions suivantes : 1° La Direction est choisie par le Conseil de Surveillance, celui-ci, de même que les liquidateurs, par l'Assemblée Générale ; or ces élections peuvent être nulles ou annulables, et dans ce cas tous les actes passés par la Direction ou les liquidateurs tombent ; 2° Les pouvoirs des liquidateurs et Directeurs ne peuvent être restreints en droit allemand, mais, par une modification des statuts, l'Assemblée peut les élargir (signature individuelle au lieu de signature collective, etc.) la nullité de cette décision frappe tous les tiers qui ont contracté en confiance de sa validité (2) ; 3° Certaines opérations avec des tiers sont soumises à l'agrément de l'Assemblée *quoad validitatem*, telles la constitution subséquente, la renonciation ou la transaction relatives aux actions en dommages-intérêts contre les fondateurs et les administrateurs, la fusion et les contrats du § 256, peut-être

(1) Cass., 13 janvier 1938, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1938, II, 105, note R. BOLAFFI ; *Foro Italiano* 1938, note STOLFI ; *Giurisprudenza Italiana* 1938 I, 306, note G. CINQUE. Cf. en Allemagne la dissertation récente de M. H. BARTHOLOMEYCZIK, *Die Anfechtung der Stimmabgabe zu Körperschaftsbeschlüssen*, *Ziv. Arch.* 144 (1937-1938), 287 ss. (307-318).

(2) Est également une extension des pouvoirs des administrateurs, la délibération de l'Assemblée portant continuation d'une société dissoute, § 215,

aussi ceux prévus aux §§ 253-255 (v. *supra*, n° 250), enfin l'augmentation du capital qui a cependant ceci de particulier que les tiers, par la souscription des actions nouvelles, cessent de l'être ; quelques auteurs comptent ici également le § 61, al. 3, qui permet de subordonner le transfert des actions nominatives à l'agrément de l'Assemblée Générale, et 174 sur les obligations convertibles, etc., mais l'opinion dominante estime avec raison que dans ces cas l'absence de l'autorisation de l'Assemblée générale n'est pas opposable aux tiers. En revanche, il faut noter ici le cas où la Société a stipulé dans un contrat que telle ou telle clause ne prendra effet qu'après une résolution de l'Assemblée.

345. — Il n'y a pas de doute que la nullité est opposable au tiers qui contracte après une décision jouissant de la force de la chose jugée absolue au sens du § 200, alors surtout qu'un tel jugement est publié de la même façon que la décision annulée, § 200, al. 1, prop. 2 et 3. La question est controversée en ce qui concerne les tiers qui ont passé des contrats avec la Société, entre la résolution de l'Assemblée et la décision judiciaire qui en prononce la nullité. En cas de nullité absolue, on s'accorde à admettre la rétroactivité même à l'égard des tiers. L'intérêt public doit en effet l'emporter sur l'intérêt privé. D'ailleurs, ces cas seront très rares, surtout après la nouvelle réglementation des §§ 195 et 196.

Les opinions sont divisées lorsque la résolution est simplement annulable (1). Nous n'avons cependant trouvé nulle part un argument juridique valable contre la rétroactivité. Aucun texte ne fait une distinction entre les actionnaires et les tiers. Un tel texte serait cependant indispensable pour déterminer le degré de bonne foi qui doit avoir le tiers à protéger : la non-rétroactivité profiterait-elle à toute personne, ou seulement au tiers de bonne foi, ou qui n'a commis aucune faute lourde ? Non seulement

(1) V. pour la rétroactivité BRODMANN, § 273, note 1 c., pp. 419-420 ; *contra* SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 195, note 3, pp. 833-834 ; § 200, note 3, p. 850.

il n'y a pas un tel texte, mais le préambule du § 195 qualifie de « nulle » une résolution annulée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée et l'assimile ainsi à une résolution rayée d'office par le juge du Registre du commerce. Or, dans ce dernier cas, la rétroactivité ne peut être contestée.

346. — Une autre solution semble s'imposer pour ce qui est des résolutions immatriculées au Registre du commerce, c'est-à-dire surtout les modifications des statuts. C'est de ces résolutions — non seulement de l'Assemblée Générale mais de tout organe social — que traite l'arrêt précité de la Cour de cassation italienne. Mais son argument, d'après lequel le caractère administratif du contrôle judiciaire d'une modification des Statuts fait obstacle à la rétroactivité à l'égard des tiers de bonne foi, n'est pas pertinent. Dans sa note, M. BOLAFFI a très bien exposé qu'aucun principe de droit administratif ne justifie une telle argumentation, et en droit allemand, il faut ajouter qu'aux termes du § 15 C. com., l'immatriculation au Registre du commerce n'a jamais l'effet de l'immatriculation au Livre Foncier, savoir de protéger les tiers qui se fient à l'exactitude de l'immatriculation. La fonction du Registre n'est pas de permettre aux tiers de se prévaloir des faits inscrits, mais seulement d'empêcher le commerçant d'invoquer des faits indûment non-immatriculés (v. *infra*, n° 386). L'argumentation de M. BOLAFFI même, en faveur de la solution de la Cour de cassation italienne, n'est pas non plus soutenable en droit allemand. D'après M. BOLAFFI, la protection des tiers est la contre-partie du contrôle judiciaire de la résolution avant son immatriculation. Or, en droit allemand, le juge ne contrôle que la nullité absolue, dont la rétroactivité à l'égard des tiers est précisément incontestée.

La vraie raison du bien-fondé de la doctrine de la non-rétroactivité est, à notre avis, que la résolution annulable est en principe considérée comme une résolution valable. Le juge ne peut même pas refuser son immatriculation. Précisément parce qu'il doit, ou peut du moins, imma-

triculer la résolution annulable, les tiers doivent être protégés. Ils ont confiance, non pas en une inscription inexacte mais en une inscription parfaitement régulière. L'annulation est un fait nouveau, soumise à son tour à l'immatriculation, § 200, al. 1, prop. 3, et tant qu'elle n'a pas été immatriculée, elle est inopposable aux tiers de bonne foi, conformément au § 15 C. com. allemand précité. On ne peut éviter cette conséquence que si l'on admet la rétroactivité de l'inscription de l'annulation, mais le § 15 ne connaît pas d'effet rétroactif d'une immatriculation au Registre du commerce. Il est à noter que « tiers » au sens de notre doctrine sont tous ceux contre lesquels le jugement d'annulation n'a pas force de chose jugée d'après le § 200, c'est-à-dire tous sauf les actionnaires (1) et les administrateurs. Contre ces tiers, le jugement n'a effet que pour l'avenir (2).

347. — L'annulation des résolutions non-immatriculées a donc effet rétroactif, même à l'égard des tiers de bonne foi. Cette rigueur est cependant tempérée par quelques principes du droit civil. D'après le § 171 C. civ., l'annonce publique d'un pouvoir vaut pouvoir, et aucun argument tiré de la nullité de la nomination du représentant n'est admis. Or, les nominations des Conseillers de Surveillance et des Directeurs, ainsi que les clauses relatives à l'étendue de leurs pouvoirs, sont publiées, les unes aux journaux de la Société, les autres au Registre du commerce (3). Pour que le § 171 C. civ. soit applicable, il faut cependant que

(1) Notre théorie n'est donc pas applicable à l'augmentation du capital, v. *supra*, n° 86.

(2) Même cela est contesté, v. HUECK, *Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen*, 1924, p. 205, mais à tort semble-t-il, l'effet *erga omnes* du jugement est seul conforme à la nature des choses, et les tiers ont pu défendre leurs intérêts en se joignant à la Société dans le procès, soumis par le § 199, al. 5 à la plus large publicité.

(3) Dans ce dernier cas, la théorie développée au n° 346 peut s'appliquer, mais bien entendu dans la mesure seulement où il s'agit de résolutions de l'Assemblée et non pas de décisions du Conseil de Surveillance (§ 75, § 71, al. 3, prop. 2) ou de la Direction (§ 71, al. 2, prop. 2).

l'annonce publique émane, elle, d'un représentant dûment qualifié. Or, dans les hypothèses que nous envisageons ici, l'annonce doit être faite par « la Direction ». On devra donc examiner dans chaque espèce la question de savoir si le vice de la nomination du Directeur ou de la résolution qui étend ses pouvoirs n'a pas nui à l'acte de publicité même. S'il en est ainsi, le seul refuge du tiers est l'action en dommages-intérêts, lorsque les co-directeurs ont, par leur faute, laissé agir un Directeur sans qualité et ont commis ainsi une « *culpa in contrahendo* ». Mais nous rappelons (v. *supra*, n° 174 sous *d*) que cette action ne peut avoir pour objet que l'intérêt négatif et ne réussit contre la Société que si les Directeurs coupables avaient le pouvoir de représenter la Société, soit chacun, soit tous ensemble (v. *supra*, n° 274).

Dans l'hypothèse visée au n° 344, sous 3°, la nullité de la résolution ne risque pas de vicier un nombre indéterminé d'opérations avec un nombre indéterminé de tiers, mais seulement telle ou telle opération. Les co-contractants de la Société ne jouissent d'aucune protection spéciale (1), ils doivent vérifier à leurs risques et périls le procès-verbal de l'Assemblée Générale, qui est à leur disposition au Registre du commerce. Contre l'annulabilité, qui est plus dangereuse que la nullité absolue parce qu'elle est plus fréquente et plus difficile à déceler, ils n'ont d'ailleurs qu'à se prémunir en attendant l'expiration du délai d'un mois avant de s'engager définitivement.

**§ 3. — La collaboration de l'Administration
et de l'Assemblée Générale, lors de l'établissement du bilan
et de la détermination du dividende**

a) Remarques générales

348. — Le bilan d'une Société n'est pas, comme celui d'un commerçant individuel, une simple constatation ;

(1) Sauf en cas de constitution subséquente, celle-ci étant immatriculée au Registre du Commerce, § 45, al. 1. La fusion est, elle aussi,

c'est une décision. En effet, le commerçant individuel peut retirer de son entreprise les sommes qu'il veut ; c'est pour lui une question de fait, pour ainsi dire scientifique, de connaître son bénéfice. Au contraire, les membres d'une Société n'ont droit qu'au bénéfice. Il en est ainsi déjà dans les sociétés de personnes. Dans les sociétés de capitaux, cette règle ne lie pas seulement les associés entre eux, mais aussi envers les créanciers. Du coup, l'établissement du bilan, et en particulier l'évaluation et l'emploi (distribution ou réinvestissement) des bénéfices, devient le champ de conflits d'intérêts. Ces conflits sont particulièrement aigus dans une société par actions. L'absence de rapports intimes des associés entre eux, ou des associés avec la Société, entraîne la situation suivante : en règle générale l'Administration — encore que ses tantièmes en souffrent — veut garder les bénéfices dans la caisse sociale ; les actionnaires, au contraire, souhaitent leur distribution, et ceci d'autant plus qu'ils ont l'intention de ne pas garder leurs actions.

Tenant compte de cette situation, la Loi allemande ne donne pas à la Direction, chargée en principe de la tenue des livres de la Société (§ 82), le droit d'arrêter seule le bilan. Mais à la différence des autres législations européennes et de la législation allemande antérieure, elle ne confie pas non plus cette opération à l'Assemblée Générale. Le législateur de 1937 a imaginé une procédure assez compliquée en deux étapes : la première, la confection du bilan, est en principe dévolue à l'Administration (Direction et Conseil de Surveillance) ; la seconde, la fixation du dividende, à l'Assemblée Générale.

349. — Le bilan de la société par actions n'est pas seulement une décision importante, c'est aussi un moyen d'information pour les actionnaires et les tiers. Les règles auxquelles il est soumis sont donc plus précises que le

immatriculée, mais il n'y a pas de tiers au sens de la théorie développée *supra* n° 346.

droit commun des livres du commerce. Le § 39, al. 2, prop. 1 C. com. oblige tout commerçant à dresser, à la fin de chaque exercice (1), un inventaire et un bilan. La Loi sur les sociétés par actions exige que le bilan soit complété par un compte de profits et pertes, avec lequel il forme « le règlement de comptes annuel » (*Jahresabschluss*), § 125, al. 1, et assorti de rapports de la Direction, § 127, et du Conseil de Surveillance, § 96. Le § 39, al. 2, prop. 3 C. com. permet de dresser le bilan dans un délai raisonnable ; les §§ 125 ss. de la Loi sur les sociétés par actions fixent des délais de rigueur. Sur le contenu du bilan, le Code de Commerce ne contient que quelques règles rudimentaires ou banales. La Loi sur les sociétés par actions règle minutieusement le contenu minimum des rapports annuels, l'évaluation des postes dans le règlement de comptes, ainsi que l'articulation de celui-ci. En outre, le règlement de comptes est soumis à un contrôle par des experts. Enfin, si le bilan d'un commerçant individuel ou d'une société n'est à communiquer aux tiers que dans un procès et à titre de preuve (§§ 45-47 C. com.); le règlement de comptes d'une société par actions, ensemble avec les rapports annexes et l'attestation des Contrôleurs, est accessible à tout intéressé.

350. — Les dispositions relatives au règlement de comptes sont réunies dans la 5^e partie du 1^{er} livre de la Loi, sous le titre « Reddition de comptes » (§§ 125-144, répartis en 3 sections). Cette présentation est très pratique, mais dans un exposé de doctrine nous préférons renvoyer les matières réglées dans la 2^e et dans la 3^e sections (contrôle et publicité du règlement de comptes) au chapitre suivant consacré au contrôle et à la publicité en général. En ce qui concerne les dispositions sur le contenu du bilan, nous en avons déjà exposé quelques-unes (sur l'évaluation et sur la réserve légale) ; les autres, surtout celles relatives à l'articulation du bilan et du compte de profits

(1) L'exercice peut commencer n'importe quel jour de l'année, mais ne peut durer plus de 12 mois, § 39, al. 2, prop. 2.

et pertes, se rattachent également au problème de la publicité plutôt qu'à celui de l'organisation de la Société. Dans ce chapitre ci, nous nous occuperons donc exclusivement de la répartition des compétences et de la procédure.

b) *La décision sur le règlement de comptes annuel*

351. — Le règlement de comptes annuel pour l'exercice écoulé est rédigé par la Direction et soumis par elle aux Contrôleurs et ensuite, au plus tard à la fin du troisième mois de l'exercice nouveau, présenté au Conseil de Surveillance, accompagné d'un rapport annuel (§§ 125, al. 1 ; 127, al. 1 ; 135, al. 1). Les statuts peuvent prolonger ce délai jusqu'à cinq mois au plus ; son observation est surveillée par le juge du Registre du commerce, qui peut infliger des amendes commerciales, § 303, al. 1. Le Conseil de Surveillance examine le règlement et le rapport de la Direction (1) et rédige lui-même un rapport précisant dans quelle mesure et de quelle manière le Conseil a surveillé la gestion pendant l'exercice écoulé, énonçant les noms des contrôleurs du règlement et faisant connaître si les contrôles effectués par le Conseil et les Contrôleurs ont donné lieu à des critiques importantes, § 96. Le Conseil doit statuer dans le délai d'un mois, § 125, al. 2. Il peut, ou bien approuver le règlement de comptes purement et simplement, ou bien l'approuver tout en proposant de le soumettre à l'Assemblée Générale, ou bien le repousser.

Quelle que soit sa décision, le règlement, muni de l'attestation des contrôleurs-experts et assorti des rapports de la Direction et du Conseil de Surveillance, doit être communiqué à l'Assemblée Ordinaire, qui est convoquée obligatoirement dans les cinq premiers mois de l'exercice nouveau (les statuts peuvent prolonger le délai jusqu'à sept mois), §§ 104 ; 127, al. 2. Les documents doivent être déposés au siège social, pour que les actionnaires puissent en

(1) Le § 126, al. 2 prévoit encore un projet de la distribution du bénéfice, à soumettre par la Direction d'abord au Conseil et ensuite, avec le rapport de celui-ci, à l'Assemblée, mais en pratique ce projet fait corps avec le rapport et est examiné avec lui par le Conseil.

prendre communication, pendant les deux semaines au moins qui précèdent la date de l'Assemblée ou, s'il y en a, la date-limite du dépôt des actions. Dans ces mêmes délais, tout actionnaire peut réclamer une copie desdits documents. Toutes ces règles (§§ 104, al. 2 ; 125, al. 6 ; 127, al. 2) sont également sanctionnées par le droit du juge cantonal d'infliger des amendes, § 303, al. 1 ; leur violation peut en outre entraîner l'annulabilité des résolutions de l'Assemblée.

352. — La portée de la décision du Conseil de Surveillance apparaît lorsqu'il s'agit de déterminer les objets de la délibération de l'Assemblée. En général, le règlement de comptes n'est plus à discuter ; il n'est mis à la disposition de l'Assemblée qu'en vue de servir de base aux délibérations sur le quitus et sur la distribution des bénéfices. Tant que la Société n'est pas en liquidation (§ 211, al. 2), l'Assemblée ne statue sur le règlement que dans deux cas : 1° le Conseil repousse le règlement ; 2° il tombe d'accord avec la Direction pour le soumettre à l'Assemblée, § 125, al. 3. Il faut rappeler ici encore un troisième cas, tout spécial, savoir la réduction anticipée du capital social des §§ 188 à 191 (v. *supra*, n° 214).

Dans ces cas, la Direction ne doit pas attendre la fin du délai de cinq mois, elle doit convoquer aussi vite que possible l'Assemblée à statuer sur le bilan, § 125, al. 4. C'est que le quitus et le dividende doivent être votés par la même assemblée que le bilan, et que la majorité, ou une minorité représentant le dixième du capital social, peut exiger, en critiquant des postes déterminés du bilan, l'ajournement de la délibération sur le bilan, § 125, al. 7. Il faut donc se dépêcher pour éviter qu'on dépasse le délai légal de cinq mois pour le vote du quitus et du dividende.

*c) La notion du bénéfice
et la décision sur la distribution du dividende*

353. — Il appartient à l'Administration d'arrêter le bilan, à l'Assemblée de statuer sur l'emploi des bénéfices. Cette

formule résume l'idée directrice du législateur allemand, mais elle ne donne pas une impression exacte du pouvoir de l'Administration. Tout dépend en effet du sens précis attribué par la Loi à l'expression « bénéfices ». Si l'Administration ne pouvait établir que la balance de l'actif et du passif (réel et obligatoire), suivant les règles légales d'évaluation, sa tâche serait en effet purement technique. L'excédent de l'actif sur le passif étant le bénéfice, ce serait, comme auparavant, l'Assemblée Générale qui statuerait sur les amortissements et réserves facultatives, libre de n'en prévoir aucuns et de distribuer tout le bénéfice ainsi établi. L'Administration ne pourrait empêcher une telle politique que par la sous-évaluation de l'actif et la surévaluation du passif, en vue de constituer des réserves occultes.

Mais telle n'est pas la situation ; le bénéfice, sur la distribution duquel l'Assemblée statue aux termes du § 126, n'est pas l'excédent de l'actif sur les passifs réel et obligatoire. C'est le bénéfice net (*Reingewinn*), dont la définition est d'autant plus importante qu'en dépendent non seulement le droit de l'ensemble des actionnaires vis-à-vis de l'Administration, mais aussi les droits de chaque actionnaire envers la Société et envers les créanciers de la Société. En effet, les actionnaires ont un droit aux bénéfices, droit qui est la cause même de leur entrée dans la Société (1) et qui peut concurrencer les droits des créanciers. Les aspects « actionnaires individuels contre Société et créanciers sociaux » du droit au bénéfice ont d'ailleurs un intérêt pratique et théorique moindre que l'aspect

(1) V. CAPITANT, *De la Cause des Obligations*, 2^e éd., 1924, n° 19, pp. 53-54. Il est vrai qu'à l'heure actuelle le dividende n'est pas toujours le motif déterminant à l'entrée dans une société anonyme (même si l'on fait abstraction des spéculateurs sur une prime de capital). En effet, la société anonyme sert aujourd'hui à des buts de concentration économique, et dans une telle société nombre d'actionnaires n'aspirent pas au dividende, mais à la domination d'une industrie. Toutefois, aussi dans ces sociétés, le profit, c'est-à-dire le dividende, reste le seul but légalement reconnu, à moins qu'il ne soit formellement exclu par les statuts. Cette constatation est importante pour la question de l'abus du droit, v. *supra* n° 321.

« actionnaires contre Administration » ; mais il sera instructif, nous le verrons, de relever les différences qui existent, également à cet égard, entre le droit allemand et le droit français.

354. — La Loi de 1937 cache la définition du bénéfice net dans le § 131, qui porte sur l'articulation du bilan. L'al. 2 de ce paragraphe dit en effet que les amortissements (*Abschreibungen*), rectifications de valeur (*Wertberichtigungen*), réserves (*Rücklagen*) et comptes de provision (*Rückstellungen*) doivent être prévus dans le bilan même (*sind bereits in der Jahresbilanz vorzunehmen*), et l'al. 3 ajoute que l'excédent des postes de l'actif sur les postes du passif, sous le nom de « bénéfice net », ou l'excédent des postes du passif sur les postes de l'actif, sous le nom « déficit net », doivent figurer globalement à la fin du bilan, dans un poste séparé. Enfin, pour voir tout à fait clair, il faut encore se rapporter au § 126, al. 3, aux termes duquel l'Assemblée Générale est liée par le bilan tel qu'il a été dressé par la Direction avec l'approbation du Conseil de Surveillance.

L'Assemblée n'a donc à répartir qu'un bénéfice déjà mutilé par le prélèvement des réserves facultatives estimées utiles par l'Administration. Cette répartition même, parmi les administrateurs (tantièmes), créanciers (porteurs d'obligations bénéficiaires ou de jouissance) et les différentes catégories d'actionnaires, sera dans une large mesure imposée à la volonté de l'Assemblée par des stipulations contractuelles ou statutaires. Si l'Assemblée veut montrer de l'initiative, elle ne le peut guère, si ce n'est en excluant une partie du bénéfice net de la distribution et en augmentant ainsi la réserve facultative, droit que lui accorde expressément le § 126, al. 3, prop. 6, mais dont elle fera rarement usage, à moins que la psychologie des Assemblées Générales n'ait changé brusquement sous l'influence du national-socialisme.

355. — Le caractère précaire du droit des actionnaires aux bénéfices par rapport à l'Administration contraste sin-

gulièrement avec la force de ce même droit par rapport à l'Assemblée Générale. En effet, celle-ci, statuant sur la distribution des bénéfices, ne peut faire usage de la prérogative d'exclure une partie des bénéfices nets de la distribution qu'à l'unanimité. Sinon la décision est annulable. C'est au moins l'interprétation dominante du § 52, prop. 2 de la Loi, qui reprend la formule du § 213 C. com. aux termes de laquelle « les actionnaires, tant que dure la Société, n'ont droit qu'au bénéfice net dans la mesure où la distribution n'en est pas prohibée par la loi ou les statuts ». Le § 213 C. com. avait toujours été interprété en ce sens qu'il fixe à la fois un maximum et un minimum, de sorte que le bénéfice distribuable *doit* être distribué, sous peine d'annulation de la décision contraire de l'Assemblée (1).

Depuis 1937, la question est controversée en raison de la rédaction défectueuse du § 126, al. 3, prop. 2 de la Loi. La phrase catégorique : « L'Assemblée peut exclure tout ou une partie du bénéfice net de la distribution » n'impose-t-elle pas une interprétation nouvelle du § 52, prop. 2 ? (2). Le commentaire officieux ne l'estime pas (3). Son opinion est d'autant plus remarquable qu'il s'agit ici d'une question d'interprétation d'un texte nouveau et équivoque. Il n'est pas vrai que la phrase précitée du § 126 perd toute signification lorsqu'on maintient l'ancienne interprétation du texte du § 52. La phrase du § 126 n'était peut-être pas nécessaire, mais elle est en tout cas utile parce qu'elle précise que l'Assemblée Générale ne peut pas seulement modifier le projet de la Direction en ce qui concerne les parts de bénéfice qui reviennent à tel ou tel ayant-droit (tantièmes d'un administrateur, dividende

(1) En France, l'opinion dominante permet à l'Assemblée de créer des réserves à son gré, à moins d'une stipulation contraire des statuts, cf. Req., 10 décembre 1918, S. 1920.I.289, note BOURCART ; 8 juin 1929, S. 1929.I.374 ; et 25 mai 1936, S. 1937.I.9, note H. ROUSSEAU.

(2) V. VON GODIN, *ZHR* 1937, pp. 266 ss.

(3) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 52, note 10, p. 257 ; § 126, note 4, p. 543 ; v. aussi la discussion *JW* 1938, pp. 709 ss. entre M. BENGS et M. DIETRICH, avec beaucoup de références.

supplémentaire de tel ou tel groupe d'actionnaires ou d'obligataires, etc.), mais qu'elle peut ne pas distribuer du tout une partie du bénéfice net et contraindre ainsi la Direction — ainsi qu'il est dit à la suite de la phrase précitée — « à remanier le règlement de comptes » en y inscrivant des réserves nouvelles. Le § 126, al. 3, prop. 2, est donc parfaitement explicable du point de vue de l'opinion dominante. Par contre, les adversaires se heurtent incontestablement au texte du § 52 ; l'expression « ne... que » (*nur*) signifie en allemand, comme en français, à la fois un maximum et un minimum, et si le législateur avait voulu exprimer une limitation du maximum seulement, il se serait servi du terme « au plus » (*höchstens*). En outre, le § 198, al. 2, prévoit expressément l'annulation d'une décision de l'Assemblée qui crée des réserves plus grandes que ne le permet la *loi* ou les statuts ; or, un maximum légal des réserves n'est édicté nulle part, si ce n'est dans le § 52.

Le § 126, al. 3, prop. 2, fixe donc le pouvoir de l'Assemblée par rapport à l'Administration et non pas par rapport au droit de l'actionnaire individuel. Mais ce droit n'est pas un « droit propre » au sens technique. Le § 52 est de droit dispositif ; par les statuts originaires ou par une modification ultérieure des statuts le droit de l'actionnaire individuel à la distribution de tous les bénéfices nets peut être réduit ou supprimé. Ainsi la portée pratique de la controverse sur l'interprétation du § 126, al. 3, prop. 2, n'est pas trop grande ; les statuts règlent presque toujours la distribution du bénéfice net, souvent par la simple formule que l'Assemblée Générale a les plus amples pouvoirs et peut créer les réserves qu'elle juge utiles. En tout cas, la sanction du droit de l'actionnaire n'est jamais une action en paiement, mais uniquement la demande en annulation de la résolution prise au mépris de ce droit (1).

(1) Les actionnaires n'ont donc aucun moyen — ni en Allemagne ni en France — de forcer la Société à distribuer les bénéfices auxquels ils ont droit ; aucun jugement ne peut remplacer la décision de l'Assemblée Générale. Ils ne peuvent qu'empêcher une distribution au mépris de

356. — La résolution de l'Assemblée qui fixe le dividende transforme le droit de l'actionnaire en une créance d'une somme déterminée. Le coupon attaché à l'action devient un titre indépendant d'obligation, son porteur un vrai créancier dont les droits ne peuvent plus être altérés par la situation ou les décisions de la Société. Cette opinion, dominante en Allemagne (1), contraste avec celle soutenue par quelques décisions récentes françaises (2), qui exigent que le bénéfice à distribuer soit « actuel et liquide ». En Allemagne, le bénéfice doit être actuel à la fin de l'exercice auquel se réfère le bilan, mais non pas, comme le veulent lesdites décisions françaises, au moment du vote du dividende ou même au moment de son versement. Une Administration raisonnable va supprimer le bénéfice distribuable par des réserves, lorsqu'elle s'aperçoit à l'époque de l'établissement du bilan, que les bénéfices ayant existé à la fin de l'exercice passé ont entre temps disparu ou fait place à un déficit. Mais si elle agit autrement, elle engage tout au plus sa responsabilité personnelle pour faute de gestion, mais le dividende est quand même légitime. La liquidité du bénéfice n'est jamais requise ; c'est l'existence du bénéfice qui importe, non pas son incorporation en argent ou valeurs disponibles.

Aucune décision ni étude doctrinale n'existe sur la question de savoir si l'Assemblée Générale peut décider un dividende sans donner aux actionnaires la situation de créanciers, en permettant par exemple à la Direction de différer le versement selon la situation de la Société. Même lorsque les statuts autorisent l'Assemblée à statuer libre-

leurs droits par des actions en nullité. Heureusement le problème ne se pose guère en pratique.

(1) V. FLECHTHEIM, § 213, note 28, pp. 62-a/64-a ; note 31, pp. 65-a/66-a.

(2) Trib. Com. Seine, 12 juillet 1935, *Rec. Jur. Soc.* 1936, 11 ; 30 mai 1936, *id.*, 232 ; TCHERNOFF, note sous Crim., 22 janvier 1937, Léonard, D. P. 1937.I.71 ; v. *contra* avec raison CORDONNIER, note sous Crim., 11 juillet 1930, Banque Industrielle de Chine, D. P. 1932.I.145 ss. (147, 2^e col.) ; A. LÉGAL, note sous Crim., 22 janvier 1937, Léonard, S. 1938. I.297 (p. 298, 2^e col.).

ment sur le bénéfice, une telle décision est d'une légalité douteuse parce qu'elle met la distribution du bénéfice pratiquement entre les mains de la Direction (1).

d) *Les nullités*

357. — Toute l'étendue des pouvoirs conférés à l'Administration par la Loi de 1937 se révèle seulement si l'on étudie la sanction dont cette Administration est frappée si elle établit un règlement de comptes contraire aux dispositions légales ou statutaires et si l'on compare ces sanctions à celles applicables à l'Assemblée Générale lorsqu'elle est appelée, par exception, à arrêter le règlement de comptes ou lorsqu'elle statue sur la distribution des bénéfices.

Les illégalités en matière de règlement de comptes peuvent être de procédure ou de fond. Les illégalités de fond consistent surtout en ce que le bilan est incomplet ou mal articulé, que l'actif est surévalué, que les réserves occultes dépassent la mesure raisonnable et licite, que les règles sur la réserve obligatoire n'ont pas été observées. Les statuts peuvent renforcer les dispositions légales sur tous ces points et en outre fixer le maximum des réserves à faire dans le bilan. Les statuts peuvent en effet restreindre la formation de réserves facultatives, soit lors de l'établissement du règlement de comptes, soit lors de la délibération sur l'emploi des bénéfices. Ce droit résulte du § 198, al. 2, qui prévoit l'annulation d'une délibération de l'Assemblée Générale inscrivant des amortissements, rectifications de valeur, réserves ou comptes de provision dépassant ce qui est permis par la loi ou les *statuts*, sans distinguer si l'Assemblée statue sur le règlement de comptes ou sur la distribution du bénéfice.

En matière de distribution du bénéfice, les règles légales

(1) V. sur cette question en France, Trib. Com. Seine, 4 mars 1933, S. 1934.II.15, note H. ROUSSEAU, et sur appel, Paris, 1^{er} déc. 1934, S. 1935.II.65 ; Paris, 2 mai 1935, S. 1935.II.180, note H. ROUSSEAU ; v. aussi les jugements cités dans la note précédente.

protègent l'égalité entre les actionnaires (§ 53, v. *suprà*, n° 96) et restreignent les tantièmes des administrateurs, §§ 77, 98, al. 3 et 4, *suprà*, n° 264) ; en outre, le § 52 ordonne la distribution intégrale aux actionnaires, mais nous venons de voir que les statuts libèrent presque toujours l'Assemblée de cet engagement, tout en stipulant parfois un maximum de réserves facultatives.

358. — Sous le régime du Code de commerce, l'Assemblée Générale avait à statuer aussi bien sur le règlement de comptes que sur la répartition des bénéfices, et elle le faisait dans la même délibération, après avoir apporté au projet de la Direction les modifications qu'elle voulait. Les irrégularités étaient donc sanctionnées par les règles générales sur les nullités des résolutions de l'Assemblée Générale. Désormais, le règlement de comptes n'est plus soumis à l'approbation de l'Assemblée qu'exceptionnellement, et même dans ces cas d'exception, il faut distinguer la résolution sur le règlement et la résolution relative à l'emploi des bénéfices. Il s'ensuit une complication et atténuation des sanctions, qui, à notre avis, est un des points les plus faibles de la Loi.

En effet, tout irrégularité d'une résolution de l'Assemblée Générale entraîne en principe une nullité au sens large du mot : les irrégularités intéressant l'ordre public ou des tiers, une nullité absolue ; les autres, beaucoup plus nombreuses, l'annulabilité. Ce régime reste applicable à la résolution relative aux bénéfices et à la résolution sur le règlement de comptes (dans les cas exceptionnels où ce dernier est voté par l'Assemblée). Mais il est inapplicable au règlement de comptes arrêté par l'Administration. Si le législateur avait permis à tout actionnaire de demander l'annulation du bilan pour une irrégularité quelconque, il aurait manqué son but de mettre le bilan à l'abri des querelles entre les actionnaires. L'annulation du bilan serait devenue plus facile qu'auparavant alors que la demande ne pouvait être intentée en principe que par un action-

naire ayant été présent ou représenté à l'Assemblée Générale et ayant fait une protestation formelle.

359. — Le législateur de 1937 a donc supprimé hardiment tout moyen d'attaquer le règlement arrêté par l'Administration, à moins qu'il ne souffre d'une nullité absolue, § 202. Les cas de nullité absolue sont les mêmes que pour les résolutions de l'Assemblée : 1° incompatibilité avec la nature de la Société anonyme ou avec les règles impératives édictées en vue de protéger les créanciers ou l'intérêt public ; 2° contenu contraire aux bonnes mœurs. Une seule nullité absolue de forme est en outre prévue (en dehors de la nullité qui sanctionne l'omission du contrôle préalable par les commissaires-experts, § 135, al. 1) : la Direction ou le Conseil de Surveillance n'a pas dûment concouru à la décision, formule vague dont la portée est d'ailleurs réduite, puisque cette nullité est couverte six mois après le dépôt au Registre du commerce de la publication du bilan dans les journaux de la Société. Un bilan incomplet, dont l'actif a été surévalué ou qui est tellement confus qu'il ne peut plus être réputé conforme aux principes d'une comptabilité régulière, est donc nul (pour violation du § 129) : mais s'il est seulement mal ou insuffisamment articulé, ou si trop de réserves occultes ont été faites, ou si le maximum statutaire des réserves a été dépassé, le règlement de comptes est inattaquable. Pratiquement cela signifie que les administrateurs peuvent se jouer des clauses statutaires. Leur responsabilité n'est engagée que vis-à-vis de la Société et seulement si celle-ci a subi un dommage ; les actionnaires individuels n'ont une action que s'ils peuvent démontrer que les administrateurs ont agi sciemment à leur préjudice (v. *supra*, n^{os} 289, 290).

360. — Si c'est l'Assemblée Générale qui statue sur le règlement de comptes, le droit commun est applicable, de sorte que l'Assemblée Générale a moins de liberté d'action que l'Administration. La seule règle particulière est le § 198, al. 2, déjà mentionné à plusieurs reprises (*supra*, n^{os} 334,

355 et 357), qui stipule que les actionnaires ne peuvent attaquer une résolution de l'Assemblée pour le seul motif que cette résolution prévoit des amortissements, rectifications de valeur, réserves ou comptes de provision, dépassant ce qui est permis par la loi ou par les statuts, que s'ils réunissent $1/20^e$ du capital social.

361. — Les mêmes dispositions, y compris le § 198, al. 2, s'appliquent à la résolution de l'Assemblée sur les bénéfices. Cette résolution est donc d'une nullité absolue lorsqu'elle lèse les droits de créanciers, par exemple porteurs de parts de fondateurs, ou les droits d'administrateurs qui peuvent prétendre, en vertu de leur contrat, à un tantième supérieur au tantième accordé par l'Assemblée. La résolution est bien entendu également frappée de nullité absolue si elle distribue plus que le bénéfice net résultant du bilan. Si l'égalité entre les actionnaires, ou les droits de telle ou telle catégorie d'actionnaires à un dividende préférentiel, ou les clauses statutaires sur les réserves ont été violés, la résolution est seulement annulable. La réforme de 1937 n'a ici qu'un effet indirect : la décision sur les bénéfices perdant sa base légale lorsque le bilan est nul, l'inattaquabilité du bilan profite, d'une manière indirecte, à la décision sur les bénéfices.

e) *Droit Comparé et Appréciation Critique*

362. — Le renforcement du pouvoir de l'Administration lors de l'établissement du bilan est la contribution la plus originale, on peut presque dire la seule contribution originale, de l'esprit national-socialiste à la Loi de 1937. Il constitue la seule innovation vraiment radicale par rapport au Code de commerce et aux projets de 1930 et de 1931 ; il a accentué la différence qui existe en cette matière entre le droit allemand et le droit des autres peuples civilisés, surtout entre le droit allemand et le droit français. Dans les discussions à l'Académie du Droit allemand, on a invoqué l'exemple du droit américain. A tort,

semble-t-il. Si, aux Etats-Unis le *Board of Directors* a souvent les droits les plus étendus et surtout le droit de dresser le bilan et de fixer le dividende à son gré, c'est en vertu du principe de la liberté des conventions contractuelles, tout à fait contraire à l'esprit du droit allemand. C'est parce que les statuts peuvent librement régler les compétences qu'aux Etats-Unis l'Administration est toute puissante, non pas en vertu de lois impératives édictées dans un intérêt d'ordre public.

363. — Le contraste avec le droit français est particulièrement saisissant. Le droit français ne connaît pas le droit de l'actionnaire individuel à la distribution de tout le bénéfice de l'année ; il ne lui reconnaît même pas — c'est du moins l'opinion exprimée dans quelques décisions récentes précitées — un droit sans réserve au dividende décidé

Pour commencer par ce dernier point, qui est le moins important, et celui où la Loi de 1937 n'a rien innové en droit allemand, la conception allemande nous semble ici plus rationnelle. Subordonner le versement du dividende aux disponibilités de la caisse sociale au moment où le versement doit se faire, c'est confondre deux questions : celle de savoir si l'on doit rectifier le bilan lorsque après coup les évaluations se révèlent comme trop optimistes, et celle de savoir si l'on doit tenir compte des pertes survenues après la fin de l'exercice passé. La première question doit être résolue par l'affirmative. Mais la seconde par la négative, sous peine d'anéantir le droit des actionnaires au bénéfice annuel. On ne peut faire une distinction entre les pertes survenues dans l'exercice nouveau avant ou après la date — arbitraire — du vote, ou, pire encore, avant ou après la date de la distribution effective. Toutes ces pertes doivent laisser également indifférent le porteur du coupon pour l'exercice écoulé ; il ne doit supporter que les pertes de cet exercice. Il est vrai qu'il n'est pas toujours facile de décider s'il s'agit d'une perte ayant existé déjà au moment de l'expiration de l'exercice passé, mais décou-

verte plus tard, ou d'une perte nouvelle (1). Mais cette question d'espèce ne saurait faire oublier le principe.

En revanche, la reconnaissance par le droit allemand d'un droit de tout actionnaire d'attaquer les délibérations de l'Assemblée sur la distribution des bénéfices lorsqu'elles prévoient la formation de réserves non permises par la loi ou les statuts (sous la seule réserve du § 198, al. 2, exigeant que les demandeurs réunissent $1/20^e$ du capital social), semble singulièrement désuète, alors surtout que désormais l'Assemblée Générale, lorsqu'elle statue sur le bilan, et encore plus l'Administration, sont libres de créer des réserves dans le règlement de comptes.

364. — Par là nous touchons à la réforme capitale de la Loi de 1937. Que le législateur ait donné à la Société la faculté de former des réserves facultatives, pour se prémunir dans les bonnes années contre les accidents futurs, rien de plus raisonnable. Le moyen le plus simple et le plus rationnel était de supprimer ce droit de chaque actionnaire à la distribution annuelle du bénéfice entier. Au lieu de se rapprocher ainsi du système français, à la fois simple et souple, on a laissé subsister ce droit. Mais le peu d'existence réelle que lui laissait encore la pratique des clauses statutaires, il l'a perdu par la règle du § 131, al. 2, qui ordonne la formation des réserves dans le bilan et avant la fixation du bénéfice.

Pourquoi cette voie détournée ? C'est parce que le but réel de cette réglementation n'est pas de rendre possible la formation de réserves, mais de mettre cette formation entre les mains de l'Administration.

Cette prédilection pour l'Administration est à notre avis peu raisonnable. Remarquons en passant l'inélégance d'accorder ainsi aux actionnaires d'une société anonyme moins de droits, par rapport aux Administrateurs, qu'aux action-

(1) Faut-il par exemple rectifier l'évaluation au pair d'une créance, lorsque le débiteur est tombé en faillite quelques jours après l'expiration du dernier exercice, mais à la suite d'opérations hasardeuses remontant à une date de longtemps antérieure ?

naires d'une société en commandite par actions par rapport aux Directeurs — associés personnellement responsables ; en effet, le régime des sociétés en commandite par actions est calqué sur celui de la société anonyme, mais, suivant le § 228 de la Loi, c'est l'Assemblée Générale qui statue sur le bilan, le législateur craignant l'opposition entre les intérêts des commanditaires et des commandités.

Mais pareille opposition n'existe-t-elle pas également entre les actionnaires d'une société anonyme et l'administration ? Certes, les tantièmes dépendent du dividende, mais il est rare que les Directeurs et Conseillers de Surveillance ne reçoivent pas d'autres appointements, de sorte que, ayant déjà reçu une rémunération pour leur « apport de travail », ils n'ont pas le même intérêt au tantième que l'actionnaire au dividende. Une opposition est donc possible entre les intérêts de l'administration et des actionnaires, et si une telle opposition existe, on ne saurait douter que le dernier mot doit appartenir aux actionnaires. Cela est évident du point de vue classique, qui considère les actionnaires comme les propriétaires, et les administrateurs comme leurs mandataires rémunérés. Mais même si l'on regarde les actionnaires plutôt comme bailleurs de fonds, il n'en reste pas moins vrai qu'ils ont le droit de décider sur la distribution ou le réinvestissement des bénéfices. Si l'on envisage la question sous l'angle de l'économie nationale, le jugement ne peut être différent. Les actionnaires seront les meilleurs juges pour décider si les bénéfices rapportent plus d'intérêts lorsqu'on les réengage dans l'entreprise ou lorsqu'on les en retire pour les employer à d'autres fins. Que les administrateurs se donnent la peine de convaincre les actionnaires qu'il est de leur avantage de former des réserves pour stabiliser ou agrandir l'entreprise ! L'intérêt général est ici représenté par les actionnaires ; s'ils peuvent espérer un profit plus grand ailleurs, cela signifie que leur argent est plus nécessaire et plus utile ailleurs. Quiconque n'est pas aveuglé par la mystique de l'entreprise, qui n'est en vérité qu'un égoïsme étroit contrastant singulièrement avec la préten-

due maxime du national-socialisme « le bien commun prime le bien individuel » (*Gemeinnutz geht vor Eigennutz*), ne peut qu'approuver ces paroles de bon sens d'un auteur américain (1) :

« Si l'on veut que le capital acquière la mobilité nécessaire, il ne faut pas le laisser se retrancher, s'embouteiller, dans des institutions favorisées. C'est ce qui se produit lorsqu'on permet aux administrateurs de retirer les bénéfices au delà du montant nécessaire pour l'amortissement et les réserves de roulement, et de les réinvestir sans les soumettre à l'épreuve du marché des capitaux régi par la concurrence. L'effet de ces pratiques est d'agrandir certaines sociétés au delà de leur véritable valeur économique, et de provoquer une congestion de capitaux aux mauvais endroits... Il faut interdire à la société anonyme de retenir les bénéfices et de les réinvestir selon le bon plaisir des administrateurs et non selon le jugement du marché. Car cette pratique immobilise des capitaux, alors que l'économie de la division du travail exige que le capital se déplace facilement vers les lieux et les hommes qui font la meilleure offre pour l'obtenir. »

365. — La tendance de la plupart des administrations de retenir autant que possible des bénéfices « dans l'intérêt de l'entreprise » implique des dangers encore plus précis : les disponibilités qui ne sont pas nécessaires à la vie de l'entreprise incitent à des agrandissements dictés, non pas par des raisons économiques, mais par le souci de créer des postes et de placer des parents ou amis. Un autre abus fréquent est le placement des réserves inutiles en titres d'autres sociétés. Trop souvent ces placements sont ou bien des spéculations sur le dos de la Société, ou bien des procédés pour assurer aux administrateurs des places dans les sociétés étrangères, ou enfin des leviers d'un impérialisme économique qui, par le moyen du financement et de l'acquisition de paquets d'actions, cherche à dominer autant d'entreprises que possible, sans souci de la justification économique de cet enchevêtrement. Nous ne pouvons mieux faire que citer encore une fois M. LIPPMANN, observateur sagace de ce danger, dont il a fait les expériences aux Etats-Unis et qui existe en Allemagne plus que dans tout autre

(1) W. LIPPMANN, *La Cité Libre (The good Society)*, Paris, 1938, pp. 261-62.

pays en Europe, vu le goût des Allemands pour tout ce qui est colossal, goût auquel manifestement le législateur national-socialiste — travaillé savamment par quelques « capitaines de l'industrie » — a fait les plus larges concessions.

« Il y a des gens, dit M. LIPPMANN (p. 34), qui croient que le capitalisme des grandes sociétés est, pour des raisons mystérieuses, la conséquence inévitable du machinisme. C'est une illusion. Bien plus, il n'est pas du tout certain que la concentration du contrôle dans quelques grandes sociétés favorise le plus grand développement de la technique. On sait couramment qu'au delà d'un certain point, la croissance diminue le rendement et que beaucoup de grandes sociétés sont trop grandes pour être bien administrées, qu'elles deviennent rigides et routinières. Il y a de bonnes raisons de croire que les lois qui favorisent la concentration sont réactionnaires au point de vue du progrès technique, qu'elles l'entravent au lieu de l'encourager, et que des lois industrielles vraiment conformes à l'esprit de la technique moderne seraient très différentes des lois existantes (M. L. pense aux lois américaines qui permettent de confier à l'Administration le pouvoir de décider sur les réserves, ce qu'on a précisément imité en Allemagne). Elles s'efforceraient certainement de décourager la concentration qui affaiblit les initiatives et supprime le criterium objectif que représente la concurrence du marché. Elles essaieraient de mettre obstacle à la construction d'immenses édifices industriels, dans lesquels toute transformation technique devient ruineuse. »

Et plus loin (p. 262) :

« Bien que la séparation de la propriété et de la gestion, séparation réalisée par la société anonyme, soit nécessaire au fonctionnement de l'économie, la séparation du contrôle et de la gestion ne l'est pas. Le développement des sociétés holding, c'est-à-dire de sociétés qui contrôlent d'autres sociétés, est une innovation extrêmement suspecte. Elle crée des empires industriels à l'intérieur desquels le bon plaisir des administrateurs et des planificateurs remplace le marché comme régulateur de l'entreprise. »

CHAPITRE IV

LA POLICE DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

(Contrôle et publicité. — La dissolution administrative)

§ 1. — Les contrôleurs

a) *Histoire et qualification*

366. — Issu de l'initiative de quelques grandes entreprises, principalement en Angleterre, qui, pour soigner leur crédit, ont périodiquement fait vérifier leurs livres par des experts, le contrôle par les techniciens de la comptabilité est aujourd'hui considéré comme le grand remède contre les maux causés par l'inactivité de l'Assemblée générale et la complaisance des Conseils de Surveillance. Depuis la réforme de 1884, le droit allemand connaissait déjà les « réviseurs », nommés par la Chambre de Commerce ou par le Tribunal et chargés de contrôler la constitution suspecte, et les « réviseurs extraordinaires » nommés soit par l'Assemblée générale, soit à la requête d'une minorité d'un dixième du capital social, par le Tribunal, §§ 192, al. 2 et 3, 266, al. 2 et 3 C. com., mais aucune qualification spéciale n'était requise. La réforme de 1931 réalisa enfin les idées des projets de 1930 et 1931 : contrôle obligatoire par des techniciens du bilan annuel et monopole des techniciens pour le poste de contrôleur choisi par le Tribunal.

367. — La loi de 1937 a renforcé ce régime : désormais aussi bien les contrôleurs de la constitution (*Gründungs-*

prüfer, terme nouveau de la loi de 1937) que les contrôleurs extraordinaires, s'ils sont nommés par le Tribunal, doivent être pris, en règle générale, parmi les personnes suffisamment instruites et expérimentées en comptabilité, ou parmi les sociétés de contrôle, dont au moins un des propriétaires, directeurs ou gérants est suffisamment instruit et expérimenté en comptabilité, §§ 25, al. 4 ; 119, al. 1. Les contrôleurs du bilan (*Abschlussprüfer*) doivent même être obligatoirement des experts comptables ou des sociétés de contrôle brevetés et assermentés (*öffentlich bestellte Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften*), § 137, al. 1. Ces contrôleurs et sociétés sont désignés d'une manière semblable à celle prévue en France par le décret du 29 juin 1936 réglant l'application de l'art. 4 du décret-loi du 8 août 1935, modifiant l'art. 33 L. 1867. Mais jusqu'ici la matière n'a pas encore été réglée en Allemagne d'une manière uniforme dans tous les pays (Prusse, Bavière, etc.). Seuls les principes ont été fixés dans un accord entre l'Empire et les pays et cet accord fut publié en annexe au premier décret d'application de la réforme de 1931 (décret du 15 décembre 1931, *Bull. des lois*, I, 760). L'art. 29 de la loi d'Introduction de 1937 a donné compétence au ministre de l'Economie nationale pour régler l'admission des contrôleurs et sociétés de contrôle, d'accord avec le ministre de la Justice ; mais jusqu'ici, le ministre n'a pas encore usé de ce pouvoir.

La loi allemande ne connaît qu'une règle d'incompatibilité : ne peuvent être ni nommés par le Tribunal ni élus par l'Assemblée les membres de la Direction ou du Conseil de Surveillance, les employés de la Société, d'une entreprise dépendante ou dominante et les personnes dont la gestion est sous l'influence déterminante d'une de ces entreprises, §§ 25, al. 5 (1). 119, al. 2, 137, al. 2.

(1) Le § 25, al. 5, relatif aux contrôleurs de la constitution, ne parle pas de sociétés indépendantes ou dominantes, mais de personnes et sociétés dont la gestion est sous l'influence déterminante, soit des fondateurs, soit des personnes pour le compte desquelles les fondateurs ont souscrit des actions, soit de la Société. On remarque qu'il n'existe aucun

b) *Nomination et fonction*

368. — Les contrôleurs de la constitution sont nommés par le tribunal (juge cantonal), « la représentation officielle du commerce » (Chambre de commerce) entendue, § 25, al. 3 ; les contrôleurs extraordinaires sont, ou bien élus par l'Assemblée générale (et dans ce cas ils ne sont pas nécessairement des techniciens) ou bien nommés par le Tribunal sur la demande d'une minorité, § 118 (*supra*, n° 320 a) et c) ; il en est de même des contrôleurs ordinaires (*Abschlussprüfer*, contrôleur du règlement) ; le § 136 stipule, comme principe, leur élection annuelle par l'Assemblée générale avant l'expiration de l'exercice à contrôler, mais le Tribunal intervient, soit à la suite de l'opposition de la Direction, du Conseil de surveillance ou de la minorité contre le choix de l'Assemblée (*supra*, n° 320 c), soit sur la demande de la Direction (qui est obligée de faire la demande), du Conseil de Surveillance ou d'un actionnaire, lorsque l'Assemblée n'a pas élu de contrôleur avant la fin de l'exercice ou que l'élu ou un des élus ne veut ou ne peut pas accomplir le contrôle et que l'Assemblée n'a pas pris soin de nommer des suppléants.

369. — Lorsque les contrôleurs ont été élus, c'est la Direction qui conclut avec eux le contrat d'engagement. La conclusion de ce contrat est une obligation dont l'exécution « sans retard » (*unverzüglich*) peut être sanctionnée par des amendes, §§ 136, al. 1, prop. 3 ; 303, al. 1, lorsqu'il s'agit des contrôleurs du règlement. Le rapport entre la Société et les contrôleurs nommés par le Tribunal est-il également contractuel ? L'opinion dominante le prétend (1), mais la question est controversée et d'ailleurs sans

empêchement de parenté du genre de ceux de l'art. 33 L. 1867 (texte du décret-loi du 8 août 1935).

(1) V. sur les diverses théories BRODMANN, § 194; notes 2 et 3, pp. 81 et 82 (contrôleurs de la constitution), § 866, note 5, pp. 392-393 (contrô-

grande importance, la loi édictant des règles précises sur la rétribution des contrôleurs de la constitution et des contrôleurs du règlement nommés par le Tribunal, §§ 27, al. 2, et 136, al. 5. En ce qui concerne les droits et devoirs de contrôle proprement dits, le contrat avec la Société est encore moins intéressant puisque la matière est minutieusement réglée par la loi.

370. — L'idée directrice est toujours que les contrôleurs doivent vérifier la régularité et la sincérité, mais non pas l'opportunité des opérations qui leur sont soumises ; toutefois le terme « régularité » ne doit pas être compris dans un sens trop étroit. Ainsi le § 26, al. 1, n° 2, enjoigne aux contrôleurs de la constitution, de même qu'aux administrateurs, de vérifier surtout « si la rémunération des apports en nature et des biens repris est convenable », et le § 135, après avoir édicté le contrôle, par un ou plusieurs contrôleurs experts, du règlement de comptes annuel et de toute la comptabilité ainsi que du rapport annuel de la Direction, dans la mesure où il explique ce règlement annuel, stipule que les contrôleurs du règlement ne doivent pas se borner à vérifier si le règlement de comptes est régulier en la forme et en harmonie avec l'inventaire et les livres, mais qu'ils doivent s'assurer que les dispositions légales relatives au règlement de comptes et au rapport annuel ont été observées.

371. — Le point névralgique de cette matière est naturellement le droit des contrôleurs d'avoir des informations des fondateurs ou des directeurs. Le principe est que toutes les informations et pièces justificatives doivent être fournies aux contrôleurs dans la mesure où elles sont nécessaires au contrôle (1), ainsi qu'il est dit en particulier et d'une manière très détaillée aux §§ 121 (contrôleurs extraordi-

leurs extraordinaires) et A. PINNER, dans STAUB, suppl. 1932, § 262 b., note 22, § 267, note 8 (contrôleurs ordinaires et extraordinaires).

(1) Les administrateurs qui donnent des informations incomplètes et mensongères risquent la prison, la déchéance des droits civiques, voire la réclusion jusqu'à dix ans, § 297, n° 1.

naires) et 138 (contrôleurs du règlement), qui stipulent en outre que les contrôleurs peuvent vérifier les livres et les papiers de la Société, sa caisse, son portefeuille, ses marchandises et autres valeurs. Les contrôleurs du règlement ont ces privilèges déjà avant que le bilan leur soit transmis, mais, jusqu'à sa rédaction par la Direction, seulement dans la mesure où cela est nécessaire à la préparation du contrôle et — une des fameuses clauses de protection — où des intérêts supérieurs de la Société ou d'une entreprise intéressée ne s'y opposent pas (1). La sanction de ces droits des contrôleurs est l'amende infligée aux directeurs récalcitrants par le juge cantonal, § 303, al. 1.

Les contrôleurs de la constitution n'ont pas besoin de règles si détaillées sur les informations à leur donner, puisqu'ils ont une arme très efficace pour vaincre les réticences des fondateurs ; c'est de mentionner ces réticences dans leur rapport et d'amener ainsi le juge à refuser l'immatriculation de la Société au Registre du Commerce. Le juge peut en outre intervenir ici, non pas pour infliger des amendes, mais pour permettre aux contrôleurs de ne pas faire le rapport tant que telle ou telle information ne leur a pas été donnée, § 27, al. 1.

Pourquoi n'a-t-on pas appliqué la même méthode aux contrôleurs du bilan ? S'ils ne font pas de rapport, aucun bilan valable ne peut être adopté, § 135, al. 1, prop. 2. Mais ce n'est pas cela que désire le législateur. Ce qu'il veut, c'est qu'il y ait un bilan bien contrôlé.

De même qu'en France (L. 1867, art. 34, al. 6, texte du 8 août 1935), le droit d'investigation est lié à l'obligation au secret professionnel. Cette obligation est même particulièrement mentionnée, en outre de l'obligation générale, à laquelle sont astreints les contrôleurs, leurs préposés et représentants égaux (s'il s'agit d'une société de contrôle), de se montrer consciencieux et impartiaux, § 42,

(1) La loi allemande va donc moins loin que l'art. 32, al. 2. L. 1867 (texte du décret du 8 août 1935), qui permet sans réserve aux commissaires d'opérer « à toute époque de l'année les vérifications ou contrôles qu'ils jugent opportuns ».

al. 1 et 3 (contrôleurs de la constitution) ; § 141 al. 1 et 3 (relatif aux contrôleurs du règlement et, en vertu du renvoi au § 120, aux contrôleurs extraordinaires) (1).

372. — Le conflit entre le secret professionnel et le devoir d'un contrôle efficace surgit surtout lors de la rédaction du rapport écrit que le contrôleur doit faire. Pour trancher ce conflit il y a deux moyens : restreindre la publicité du rapport, ou permettre aux contrôleurs de passer sous silence les points délicats en signalant seulement le résultat final de leur travail. La méthode de la loi est la suivante : les contrôleurs de la constitution peuvent et doivent tout dire, et le rapport jouit d'une publicité très grande, étant déposé au Tribunal et à la Chambre de Commerce, où il peut être consulté par chaque intéressé, § 26, al. 2 et 3 ; le rapport des contrôleurs extraordinaires, en revanche, ne doit rien contenir ni sur les points dont la divulgation a été interdite par la Direction lors de la communication aux contrôleurs, sous prétexte que l'intérêt commun du peuple et de l'Empire l'oblige au secret, ni sur les points dont les contrôleurs mêmes estiment la divulgation contraire aux intérêts supérieurs de la Société, d'une entreprise intéressée, ou à l'intérêt commun du peuple et de l'Empire. Cette « clause de protection » a été jugée nécessaire parce que le rapport jouit lui aussi d'une publicité assez grande, un exemplaire étant remis à la Direction qui le soumet à la prochaine Assemblée générale, et un autre étant déposé au Registre du Commerce, § 121, al. 3 ; en outre, à la différence du rapport des contrôleurs de la constitution, le rapport des contrôleurs extraordinaires ne porte pas sur quelques questions précises fixées par la loi, mais sur une opération quelconque de la constitution ou gestion désignée par l'Assemblée Générale ou la minorité.

Encore plus délicat est le problème en ce qui concerne le rapport annuel, qui doit porter sur la régularité de

(1) La sanction pénale est dans le § 303, n° 2 et 3 (prison ou amende).

toute la comptabilité. Ici la loi combine les deux moyens sus-indiqués : un rapport complet est fait, mais qui n'est remis qu'à la Direction et au Conseil de Surveillance, § 139. Les actionnaires et autres intéressés ne sont informés que du résultat général du contrôle, par une attestation qui doit être reproduite dans chaque publication du règlement, § 144, al. 1 ; cette attestation doit préciser si, comme résultat d'un contrôle diligent sur la base des livres et documents de la Société et des informations et pièces communiquées par la Direction, la comptabilité, le règlement de comptes et le rapport annuel dans la mesure où il explique ce règlement (1) peuvent être considérés comme conformes aux règles légales, § 140.

373. — La mission des contrôleurs du règlement est donc assez différente de celles des commissaires aux comptes du droit français. Ceux-ci ont pour tâche de permettre aux actionnaires, réunis en Assemblée Générale, de se former un jugement éclairé sur les comptes qui sont soumis à leur approbation. Les contrôleurs allemands n'ont aucun devoir vis-à-vis de l'Assemblée Générale, même dans l'hypothèse exceptionnelle où celle-ci est appelée à statuer sur le bilan. Leur rapport n'est accessible qu'aux administrateurs. L'effet de ce rapport est donc réduit à ce que les administrateurs ne peuvent s'excuser de n'avoir pas eu connaissance des irrégularités commises par leurs collègues. Les actionnaires, de même que les autres tiers, doivent se contenter de l'attestation. Mais, en revanche, celle-ci jouit d'une plus grande publicité, le règlement de comptes avec l'attestation devant être publié dans les journaux de la Société. Par là, le pouvoir des contrôleurs est même plus grand qu'en France, parce qu'ils ont pour ainsi dire le dernier mot devant le public.

(1) L'autre partie du rapport de la Direction, qui a pour objet la marche des affaires et la situation de la Société, n'est pas contrôlée, mais étudiée par les contrôleurs qui doivent la critiquer si elle est manifestement inexacte et de nature à fausser l'impression qui se dégage du règlement de comptes, § 140, al. 3.

374. — Telle fut la situation créée par le décret de 1931 (§§ 262 e), 262 f) C. Com.). De part et d'autre on réclamait une autorité judiciaire, à laquelle pourraient s'adresser d'une part les Directeurs jugeant mal fondées les critiques des contrôleurs et d'autre part les contrôleurs soucieux de voir sans délai leurs griefs confirmés par la justice (1). Ainsi, la Loi de 1937 a prévu dans son § 135, al. 3 une *Spruchstelle* qui tranche définitivement, à l'égard de tous les intéressés (y compris le fisc), les différends entre contrôleurs et directeurs sur l'interprétation des règles relatives au bilan, au compte de profits et pertes et au rapport annuel. Les détails et la procédure sont réglés dans le premier décret d'application, du 29 septembre 1937, art. X, §§ 27-32. Tandis que la *Spruchstelle* appelée à statuer sur la participation aux bénéfices des administrateurs est une simple chambre du tribunal régional (v. *supra*, n° 265), les différends entre les contrôleurs et la direction sont directement portés devant une chambre soit du *Kammergericht* (Cour d'Appel de Berlin), pour l'Allemagne du Nord, soit du tribunal régional supérieur (c'est-à-dire Cour d'Appel) de Munich, pour l'Allemagne du Sud. Le recours au Tribunal d'Empire n'est ouvert que s'il est admis par les premiers juges pour le motif qu'il s'agit d'une question de droit, d'une importance de principe. Jusqu'ici, on n'a pas encore d'exemple du fonctionnement pratique de cette nouvelle institution.

c) Responsabilité

375. — Les contrôleurs répondent de toute faute personnelle et de leurs préposés ; si les contrôleurs sont des per-

(1) En réalité, les contrôleurs ne s'adresseront guère à la *Spruchstelle* ; ils ont le moyen plus simple de formuler leurs griefs dans leur rapport et dans l'attestation ; la confirmation de leur point de vue par la justice est dépourvue de sanctions. En revanche, la Direction aura parfois un intérêt à appeler à la *Spruchstelle*, une décision favorable lui permettant d'intenter contre les contrôleurs une action en délivrance d'une attestation sans réserve, action fondée sur le rapport qui existe entre la Société et les contrôleurs.

sonnes morales (sociétés de contrôle), ils répondent de toute faute de leurs fonctionnaires. Mais puisque les fautes peuvent avoir ici des conséquences très graves, la loi stipulé que la négligence, même grave, n'entraîne jamais une responsabilité de plus de 100.000 RM. par contrôle, §§ 42, al. 2 (contrôle de la constitution), 141, al. 2 (contrôle du règlement et contrôle extraordinaire) (1). En revanche, la responsabilité légale des contrôleurs est d'ordre public, §§ 142, al. 4 ; 141, al. 4 ; 120.

376. — Cette responsabilité n'existe que vis-à-vis de la société contrôlée. Mais elle est renforcée par la règle pénale du § 302, n° 1, qui menace de prison ou d'amende les contrôleurs et leurs préposés faisant des rapports mensongers ou incomplets. Cette règle étant une loi de protection au sens du § 823, al. 2 C. civ., elle permet aux tiers de poursuivre ces contrôleurs et préposés lorsque, confiants en un tel rapport, ils ont acquis des actions ou fait d'autres opérations et subi ainsi un préjudice.

d) *Droit comparé et appréciation critique*

377. — Depuis les décrets-lois des 8 août 1935 et 31 août 1937 (art. 2, 6 et 7), qui, en France, ont organisé le contrôle par des commissaires experts, tant pour la constitution (L. 1867, art. 4, texte 1937) que pour les comptes annuels (L. 1867, art. 32 à 34, textes 1935 et 1937), les sociétés françaises « faisant appel à l'épargne publique » sont soumises à un régime de contrôle très semblable à celui des sociétés allemandes (2). Toutefois quelques différences inté-

(1) S'il y a plusieurs contrôleurs ou fonctionnaires d'une société de contrôle, tous ceux qui ont commis une faute sont solidairement responsables ceux qui ont agi par dol le sont sans limite, les autres jusqu'à concurrence de 100.000 RM à répartir entre eux.

(2) En raison du taux minimum élevé du capital social il n'existe guère en Allemagne de sociétés par actions qui ne font pas appel à l'épargne publique, mais il faut noter que les règles sur le contrôle s'appliquent en Allemagne également aux sociétés en commandite par actions qui en France n'y sont pas soumises.

ressantes subsistent : d'abord le droit français ignore le contrôle extraordinaire. Certes, l'Assemblée Générale peut toujours choisir des commissaires experts pour vérifier certaines opérations ; ce droit découle de sa toute-puissance en droit français. Mais la minorité n'a pas un tel droit, et le projet Pernot (1), qui voulait l'introduire, ne semble pas avoir trouvé beaucoup de partisans. Ensuite, en ce qui concerne les commissaires aux apports et aux comptes, l'un de ceux-ci seulement doit, en France, être des experts inscrits de l'art. 33, et en outre, la violation de cette règle n'entraîne pas la nullité du contrôle (L. 1867, art. 4, al. 12, et art. 33, al. 10). En revanche, nous avons déjà remarqué que la loi française connaît des incapacités, incompatibilités et indignités inconnues du droit allemand.

Plus importante que ces différences de détail, est celle créée par le décret-loi du 31 août 1937, al. 6, qui prescrit l'élection des commissaires aux comptes pour trois ans. Cette mesure nous semble assurer mieux l'indépendance des contrôleurs que l'élection annuelle telle qu'elle existait auparavant en France et existe encore en Allemagne. Il est vrai que la loi allemande prévoit la possibilité d'une nomination des contrôleurs du bilan par le tribunal, sur la demande d'un dixième du capital social ; mais nous avons vu que l'exercice de ce droit est entouré de tant de difficultés (*supra*, n° 320 c) qu'on n'en fait guère usage, alors surtout que les actionnaires ne peuvent espérer voir le rapport des contrôleurs (v. le n° suivant).

378. — Mais la différence capitale est ailleurs et nous l'avons déjà signalée : en France, les contrôleurs ont principalement pour mission d'éclairer l'Assemblée Générale et ont même le droit de la convoquer (L. 1867, art. 32, al. 3). En Allemagne, seuls les contrôleurs extraordinaires — qui n'existent pas en France — ont cette tâche ; les contrô-

(1) Doc. Ch. 1935, n° 4503, art. 32 *bis*. Il n'existe pas non plus en France de droit de l'Administration ou d'une minorité de demander au tribunal la nomination d'autres contrôleurs.

leurs de la constitution travaillent en première ligne pour le Tribunal, qui a besoin de leur rapport pour statuer sur l'immatriculation de la Société ; le rapport des contrôleurs aux comptes n'est même pas communiqué aux actionnaires, ceux-ci, de même que les autres tiers intéressés ne voyant que l'attestation qui doit se trouver sur chaque écrit reproduisant le bilan. Voici une des conséquences curieuses et fâcheuses de la méfiance du législateur allemand (déjà en 1931 !) vis-à-vis de l'Assemblée Générale. Le contrôle annuel reste ainsi en Allemagne sans sanction définie. Il n'existe aucune instance dont on puisse attendre qu'elle tire les conséquences des griefs formulés dans le rapport : l'Assemblée Générale n'en a connaissance que d'une manière sommaire et seulement lorsqu'ils sont assez graves pour entraîner une réserve dans l'attestation ; le Conseil de Surveillance est en règle générale trop lié avec la Direction pour sévir contre elle.

379. — Une autre faiblesse du contrôle est qu'il ne s'applique qu'aux comptes annuels et à la constitution de la Société (si l'on néglige le contrôle extraordinaire, qui n'est que facultatif et rare en pratique). On ne peut naturellement imposer une vérification — toujours longue et coûteuse — des opérations ordinaires. Mais ici également la loi française nous semble supérieure en ce qu'elle exige du moins le contrôle de l'augmentation du capital. A quoi bon que l'art. 25, al. 2 de la loi allemande prescrive le contrôle de la constitution par des experts dans des hypothèses où un tel contrôle n'est pas obligatoire en France, si toute cette réglementation peut être tournée au moyen d'augmentations successives du capital ? Il est vrai que cette matière du contrôle est encore jeune, tant en Allemagne qu'en France. Seule l'expérience nous apprendra si les grandes espérances qu'on a mises dans ce contrôle ont été justifiées, et où se trouvent les points faibles que, bien entendu, le contrôle par les techniciens aura comme toute institution humaine.

§ 2. — La publicité

a) *Remarques générales sur le droit commun et la publicité spéciale des sociétés par actions*

380. — Aucun chapitre, ni dans le Code de commerce allemand, ni dans la Loi de 1937, ne correspond au Titre IV de la Loi de 1867, qui, en France, règle « la publication des actes de société ». C'est que la loi allemande ne connaît pas de régime de publicité particulier aux sociétés de commerce. Un tel régime est superflu du fait de la publicité très large imposée à tous les commerçants, sans distinction fondamentale entre les individus et les sociétés, depuis le Code de 1861. Cette publicité gravite autour du Registre du commerce, qui joue en Allemagne un rôle beaucoup plus important que le Registre créé en 1919, sous le même nom, en France. Ce n'est pas la place ici d'exposer tout le régime allemand du Registre du commerce ; il suffira d'en indiquer les points essentiels nécessaires pour comprendre son fonctionnement en matière de sociétés par actions. Sous réserve de précisions ultérieures, on peut dire : tandis qu'en France l'immatriculation au Registre s'ajoute, comme obligation administrative, au dépôt et à la publication qui la précèdent et ont seuls des effets de droit civil, en Allemagne, c'est l'immatriculation qui est génératrice de ces effets, le dépôt étant surtout destiné à permettre au juge un contrôle — inconnu en France — de la régularité du fait qui doit être immatriculé, et la publication — effectuée par le Tribunal — ayant pour but de porter l'immatriculation à la connaissance du public.

381. — Si la loi allemande ne connaît pas un régime spécial des sociétés, elle a édicté, par contre, des règles particulières pour les sociétés par actions. De même qu'en France (1), sont particulières aux sociétés par actions les

(1) Avec cette différence cependant qu'elles s'appliquent en Allemagne également à la société en commandite par actions.

règles sur ce qu'on appelle la publicité de la comptabilité de la société, par opposition à la publicité des actes ; nous désignons ainsi les règles sur la forme, l'articulation et la publication du bilan et du rapport annuel, règles qui, en Allemagne, sont beaucoup plus explicites qu'en France et occupent les §§ 128, 131, 132, 134, 143, 144 de la Loi de 1937.

Mais la publicité des actes est, elle aussi, plus sévère en matière de sociétés par actions. Le législateur français a ordonné le dépôt des statuts, de la déclaration notariée, de la liste des souscripteurs, des décisions des assemblées constitutives et des rapports de commissaires aux apports (art. 55, al. 2, L. 1867, texte 1935), afin de faciliter le contrôle par le public de la régularité de la constitution. Dans le même dessein, le législateur allemand a prescrit le dépôt des statuts et de tous les documents relatifs à la constitution. La différence avec le droit commun est encore plus accentuée qu'en France, puisque les sociétés de personnes ne sont tenues en Allemagne à aucun dépôt de leur acte constitutif. Le législateur allemand est allé encore plus loin. Il a étendu l'obligation du dépôt aux procès-verbaux de toutes les assemblées générales.

382. — En outre, le législateur allemand a habilement utilisé l'institution du Registre du commerce pour doubler le contrôle par le public d'un contrôle judiciaire. Il a attribué, à cet effet, en matière de sociétés par actions, à l'immatriculation au Registre, une fonction qu'à l'ordinaire elle n'a pas, savoir d'être nécessaire à l'efficacité de l'opération immatriculée, et il a soumis à cette immatriculation des actes qui n'y seraient pas astreints d'après les principes du droit commun. Que l'existence de la Société doive être mentionnée au Registre, c'est du droit commun ; mais seules les sociétés par actions (et à responsabilité limitée) n'existent juridiquement que du jour de cette immatriculation au Registre du commerce, qui n'a lieu qu'après un examen par le juge des pièces justificatives. Que toute modification des statuts, même si elle n'intéresse

nullement les tiers, n'est efficace qu'à partir de son immatriculation, c'est encore plus clairement une règle qui sort des idées qui gouvernent le droit du Registre du commerce lorsqu'il s'agit de commerçants individuels ou de sociétés de personnes ; c'est, en effet, une règle qui a pour but de permettre une vérification par le juge, à l'aide des pièces déposées, de la régularité (absence de vice entraînant la nullité absolue) de ces délibérations.

Il existe donc, sans modification profonde depuis 1861, un système ingénieux assurant à la fois la publicité et un certain contrôle judiciaire. L'existence et l'économie de ce système échappent souvent aux auteurs, même allemands, parce que ce système n'est pas présenté dans un chapitre à part de la loi, mais résulte seulement d'une étude et d'une comparaison attentives des règles de publicité dispersées dans le Code de commerce et dans la Loi sur les sociétés par actions.

b) *Les moyens de publicité*

383. — En France, on connaît trois moyens de publicité : le dépôt au greffe du Tribunal de commerce, la publication dans un journal d'annonces légales (L. 1867, art. 55 et suiv.), et l'inscription au Registre du commerce d'après la Loi de 1919. En Allemagne, il y en a quatre : le dépôt au Registre du commerce, l'immatriculation, la publication de l'immatriculation, et la publication dans les journaux de la Société. Ce n'est pas trop, car la nature des choses exige qu'il existe un lieu où les documents mêmes sont accessibles, un registre public où les faits intéressant les tiers sont sommairement notés, et enfin des annonces dans les journaux. De même qu'en France, très souvent plusieurs sortes de publicité sont requises à la fois. Ainsi l'élection des Conseillers de Surveillance doit être mentionnée au procès-verbal de l'Assemblée Générale, qui doit être déposé au Registre, et la même élection est publiée dans les journaux de la Société ; les Directeurs, au contraire, sont immatriculés au Registre du commerce et l'immatriculation.

culatation est publiée dans les journaux du tribunal. Voyons brièvement quels sont les caractères essentiels de ces quatre moyens de publicité.

384. — A) Le dépôt au Registre du commerce. —

Le terme Registre du commerce signifie ici naturellement le bureau du juge préposé au Registre du commerce, pratiquement le greffe du tribunal cantonal. Nous rappelons que le dépôt est en Allemagne une obligation des seules sociétés de capitaux, les commerçants individuels ou associés en nom collectif ou en commandite simple n'effectuant aucun dépôt (sauf celui de leur signature). Le dépôt de pièces est requis surtout lors de la constitution, de l'augmentation du capital, de la fusion et de la transformation. Puisqu'il s'agit de faits qui doivent en outre être immatriculés, la Loi ne parle pas ici de dépôt, mais de l'obligation d'annexer telles ou telles pièces à la déclaration aux fins d'immatriculation. Le dépôt pur et simple est par exemple prescrit pour les procès-verbaux de l'Assemblée Générale avec documents annexes, et pour le bilan avec le compte de profits et pertes et les rapports de la Direction et du Conseil de Surveillance. Est également une sorte de dépôt la déclaration au Registre du commerce des noms du Président du Conseil de Surveillance et de son suppléant (§ 92, al. 1, prop. 2).

Suivant le § 9, al. 1 et 2 C. com., toute personne peut consulter les documents déposés ; elle peut en demander une copie, si elle prouve un intérêt légitime, et même la légalisation de la copie.

L'omission du dépôt n'entraîne jamais que des sanctions disciplinaires : refus de l'immatriculation demandée ou amende commerciale.

385. — B) L'immatriculation au Registre du commerce. — C'est le procédé de publicité le plus important.

a) Pour bien comprendre l'immatriculation au Registre du commerce en droit allemand, il faut d'abord se rendre compte des textes qui la gouvernent. C'est d'abord le Code

de commerce, dont la seconde section porte le titre « Du Registre du commerce » (§§ 8-16). Elle règle la publicité du Registre, la forme des déclarations au Registre et les sanctions de l'omission de l'immatriculation. Mais les faits à immatriculer sont déterminés dans les différents chapitres du Code de commerce et, en ce qui concerne la société par actions, de la loi de 1937. C'est également la loi sur les sociétés par actions qui édicte les sanctions supplémentaires du défaut d'immatriculation, dont nous parlerons tout à l'heure. Pour tout ce qui est de la procédure, dans le sens le plus large du mot, il faut encore consulter la Loi sur la Juridiction Gracieuse, dont la 7^e Section, sous le titre « Matières Commerciales », fixe les principes de cette procédure dans les §§ 125-146. Les détails étaient jadis réglés par les lois des pays. Mais un décret du 10 août 1937 (*Bull. des lois*, 1, 900) a modifié le § 125 de la Loi de l'Empire sur la Juridiction Gracieuse et conféré cette compétence au ministre de la Justice de l'Empire. Celui-ci a promulgué un règlement d'administration publique très détaillé en date du 12 août 1937 (1).

b) Les immatriculations au Registre du Commerce sont faites par le juge cantonal (2). Mais celui-ci n'agit pas d'office — sauf quelques rares exceptions (3). De même qu'en France, il faut donc une demande de l'intéressé qui porte le nom de déclaration aux fins d'immatriculation. Elle se fait par une déclaration personnelle au greffier, qui en dresse procès-verbal, ou par un acte écrit dont la signature est légalisée (§ 12 C. Com., § 128 Loi Jur. Grac., § 24 Règl.). La déclaration doit naturellement émaner, s'il s'agit d'une société par actions, de la Direction, organe

(1) DJ 1937, 1251 ; complété par les règlements des 29 septembre 1937, DJ 1937, 1519, et 11 mars 1938, DJ 1938, 400.

(2) Certaines immatriculations et fonctions de moindre importance peuvent être conférées aux soins du greffier (*Urkundsbeamter der Geschäftsstelle*), qui, en Allemagne, est un simple fonctionnaire (il n'y a pas d'offices ministériels en Allemagne). Chaque inscription est datée, signée et notifiée au requérant, § 130 Loi sur la Jur. Grac.

(3) Nous rappelons par ex. les radiations d'office dont nous avons parlé *supra*, n^{os} 155, 231, 329.

représentatif de la Société, c'est-à-dire d'autant de Directeurs qu'en requiert la loi ou les statuts pour représenter la Société. Des règles particulières valent pour la déclaration de la société même, § 28, al. 1 (tous les fondateurs et administrateurs doivent faire la déclaration), l'augmentation et la réduction du capital, §§ 151, al. 1 ; 155, al. 1 ; 162, al. 1 ; 176, 180, al. 1 (la déclaration doit être signée par la Direction et le Président du Conseil de Surveillance ou son suppléant). Parfois, le règlement oblige le juge à consulter avant l'immatriculation la Chambre de Commerce (§ 23 Règl.). Si la demande n'est pas régulière, le juge peut, selon les circonstances, soit la rejeter, soit impartir un délai pour la régulariser. Contre cette décision, il y a des moyens de recours ; passons sur ces détails.

c) Toute personne peut prendre communication des immatriculations au Registre et en demander une copie qui, sur sa demande, doit être certifiée conforme, § 9, al. 1 et 2 C. Com. Pour des raisons politiques, une loi du 30 septembre 1936 (*Bull. des lois*, I, 853) a cependant permis au ministre de la Justice de déroger à ce principe dans l'intérêt public. Tout intéressé peut demander également au tribunal des attestations certifiant qu'il n'y a pas d'autres immatriculations relatives à tel ou tel commerçant, ou que telle ou telle immatriculation n'a pas été faite, § 9, al. 3 (1).

d) Quel est l'effet de l'immatriculation ? Voilà la question la plus importante et la plus intéressante de la matière. Le tiers peut-il se fier à ce qui est inscrit au Registre, comme il peut se fier, en droit allemand, à ce qui est inscrit au Livre Foncier ? Non ! L'immatriculation au Registre du Commerce ne rend pas existants ou valables les actes qui ne le sont pas ; même le tiers de bonne foi n'est pas protégé (2). Le Code de Commerce n'attribue à l'immatricu-

(1) Les attestations du juge du Registre du commerce sont prévues comme seul moyen de preuve recevable dans plusieurs lois, p. ex. dans la loi sur le Livre Foncier, et jouissent partout — sans qu'il y ait un texte en ce sens — d'une présomption de droit, cf. un arrêt de la Cour de Berlin, du 3 mars 1938, rapporté par LENZ, *Soz. Pr.* 1938, 1182.

(2) Seules exceptions : le § 5 C. com., qui stipule que celui qui exerce

lation que les deux effets qu'on désigne par les adages : 1° On peut se fier au silence du Registre ; 2° Personne n'est censé ignorer une immatriculation. Le § 15 dispose en effet, dans son al. 1, qu'un fait qui doit être immatriculé est inopposable aux tiers de bonne foi tant que l'immatriculation et la publication de cette immatriculation n'ont pas eu lieu ; l'al. 2 ajoute que tout tiers doit se laisser opposer les faits dûment immatriculés et publiés, à moins de ne les avoir pas connus ni dû connaître. Il résulte de ces textes que les effets d'opposabilité, les seuls connus du Code de Commerce, sont subordonnés à une formalité ultérieure, savoir à la publication de l'immatriculation, dont nous parlerons sous C).

Il en est autrement des effets particuliers que la loi sur les sociétés par actions attribue à l'immatriculation dans certains cas, différence bien compréhensible, car, comme nous l'avons déjà relevé, cette législation spéciale sert moins les buts de la publicité proprement dite que le contrôle judiciaire. Quels sont ces effets particuliers ? Il y en a deux. D'abord la loi sur les sociétés par actions subordonne la perfection de certaines opérations à l'immatriculation au Registre. L'immatriculation devient ainsi un élément constitutif de l'opération (1). C'est ainsi que la constitution même de la société par actions n'est définitive qu'au moment de l'immatriculation (2). En outre, la loi ordonne que l'immatriculation couvre certaines irrégula-

une profession et se fait inscrire au Registre ne peut plus se prévaloir de sa qualité de non ou de petit commerçant, en alléguant que sa profession n'est pas commerciale ou n'est que d'un petit commerçant au sens du § 4 C. com.

(1) Dans le Code de commerce, pareille fonction est attribuée à l'immatriculation par les §§ 2 et 3 concernant les personnes qui ne font pas les opérations prévues au § 1, mais doivent (§ 2) ou peuvent (§ 3) devenir commerçants en se faisant immatriculer.

(2) Il en est d'ailleurs de même de la société à responsabilité limitée. La société coopérative naît au moment de son immatriculation au Registre des Coopératives ; l'association au moment de son immatriculation au Registre des Associations. C'est donc une pratique courante du législateur allemand de subordonner la naissance des personnes morales et la modification de leurs statuts à l'immatriculation dans un registre, assurant ainsi à la fois la publicité et un certain contrôle.

rités. L'exemple classique est de nouveau la constitution. Si, par exemple, les statuts contiennent une clause illégale, le juge ne doit pas immatriculer la Société, mais s'il l'a fait par erreur, la Société est valablement constituée (1). Parfois, ce n'est pas l'immatriculation seule qui couvre la nullité, mais l'immatriculation et une seule condition, par exemple l'expiration d'un délai, ainsi que nous l'avons vu lors de l'examen des nullités des décisions de l'Assemblée Générale (v. *supra*, n° 331).

Pour illustrer la différence entre le rôle de l'immatriculation d'après le Code de Commerce et d'après la loi sur les sociétés par actions, il est utile de garder sous les yeux l'exemple d'un acte qui est soumis aux deux régimes à la fois : ainsi la décision de restreindre les pouvoirs des Directeurs, en ordonnant qu'ils ne puissent agir que tous ensemble, est, à titre de modification des statuts, soumise à l'immatriculation. C'est donc à partir du moment où le juge signe l'inscription au Registre que les Directeurs sont tenus vis-à-vis de la Société de respecter cette résolution. Mais, parce qu'elle concerne le pouvoir des Directeurs, ladite résolution est aussi de celles qui doivent être immatriculées au Registre en raison de leur intérêt pour les tiers. Or, les tiers de bonne foi peuvent valablement contracter avec les Directeurs individuels, ayant la signature sociale conformément aux statuts avant la modification, tant que l'immatriculation n'a pas été publiée.

386. — C) La publication de l'immatriculation est considérée en général comme simple complément de l'immatriculation même. Si nous la traitons à part, c'est d'abord pour faciliter la comparaison avec le droit français, où l'inscription au Registre et la publicité dans les journaux sont nettement séparées l'une de l'autre. Mais également du point de vue du droit allemand, notre

(1) Même si la clause illégale concerne un des points énumérés au § 16, al. 3, v. *supra*, n° 122, l'immatriculation fait bénéficier la Société du régime particulier des §§ 216-218 sur la nullité des sociétés immatriculées, v. *supra*, n° 150-155.

méthode présente des avantages. Si en effet seules les opérations ayant donné lieu à une immatriculation peuvent être l'objet d'une telle publication, l'inverse n'est pas vrai : l'ouverture et la clôture de la faillite et de la procédure concordataire (*Vergleichsverfahren*, règlement amiable homologué) sont par exemple immatriculées d'office, mais elles ne sont pas publiées. En outre, la publication est souvent plus explicite que la mention au Registre (sur-tout la publication de l'immatriculation de la Société, § 33, et de l'augmentation du capital, §§ 155, 163). La non-publication des faits non immatriculés (p. e. du taux d'émission des actions, §§ 33, al. 1, n° 2) n'a aucune conséquence de droit, mais si cette omission induit des tiers en erreur, la responsabilité de l'Etat peut être engagée en raison de la faute de service du juge préposé au Registre.

La première grande différence du droit français, c'est que l'insertion n'est pas à la charge des particuliers, mais ordonnée par le juge — ce qui n'empêche naturellement pas que le particulier en supporte les frais sous forme de taxe. Les feuilles destinées à recevoir ces insertions sont fixées chaque année par le juge, § 11 C. Com., et le règlement d'administration publique sur le Registre du Commerce ordonne dans son § 11, que le juge consulte pour son choix la Chambre de Commerce et que les noms des journaux choisis soient affichés pendant une semaine au tribunal et communiqués à la Chambre de Commerce et à la Chambre des Métiers.

Mais en tout cas l'insertion doit se faire dans le « Moniteur de l'Empire » (*Reichsanzeiger*); la Loi dit « Le Tribunal doit rendre publique l'immatriculation par le « Moniteur de l'Empire » et au moins un autre journal » (§ 10 C. Com.). Voilà la seconde différence du droit français, plus importante que la première. Inutile d'exposer les avantages de cette centralisation de la publicité sur l'anarchie des journaux d'annonces légales telle qu'elle règne en France, où on n'a pas encore saisi l'occasion d'y mettre fin par l'adoption de l'art. 3 du projet du 29 novembre

1937 (1) préconisant l'insertion, dans la Loi de 1867, de l'art. 64 *bis* ainsi conçu : « Toutes publications légales concernant les sociétés devront obligatoirement faire l'objet d'une publication au Bulletin des Annonces légales obligatoires, en même temps que dans un journal d'annonces légales du siège social. »

387. — D) La même centralisation règne en matière de **journaux de la Société**. Le « Moniteur de l'Empire » est, de droit, journal de la Société, les statuts peuvent, mais ne doivent pas désigner encore d'autres journaux, § 18. Les journaux de la Société ne sont obligatoires que pour les sociétés par actions et en commandite par actions. Ils sont destinés à recevoir quelques publications légales, pour la plupart inconnues du droit français, telles que changements au Conseil de Surveillance, bilan, demandes en nullité d'une délibération de l'Assemblée Générale ou de la Société, etc., et en outre les publications dont l'insertion aux journaux de la Société est prévue aux statuts.

La sanction des règles sur la publicité dans les journaux de la Société varie selon le cas. L'omission de la publicité des changements au Conseil de Surveillance, du bilan ou des demandes de nullité n'entraîne qu'une amende commerciale, mais une publication fausse ou incomplète peut entraîner la responsabilité civile, voire pénale, de la Société et des administrateurs coupables. Les publications en vue de sommer les actionnaires de libérer leurs titres sous peine de déchéance, § 58, al. 2, ou en vue de les inviter à échanger leurs titres, §§ 67, al. 2 ; 178, al. 2, ou en vue de les convoquer à l'Assemblée Générale, § 105, al. 2, sont prescrites sous peine de nullité.

(1) Doc. Ch. 1937, n° 3163. Le projet a failli devenir loi en 1935 v. le rapport précédant les décrets-lois du 30 octobre 1935 sur les sociétés, *J. O.* p. 11.469 ; c'est ce même rapport qui a annoncé l'introduction de l'inopposabilité comme sanction de la loi sur le Registre du commerce ; on sait que les décrets-lois n'ont pas reproduit ces idées du rapport.

388. — Remarquons enfin que le droit allemand ignore quelques procédés accessoires de publicité connus du droit français. Il en est ainsi de la publicité au siège social (Loi 1867, art. 28, al. 3 ; 65, al. 2). En Allemagne, sauf en ce qui concerne la communication des propositions pour l'Assemblée convoquée, l'actionnaire ou le tiers qui veut consulter un document de la Société, ou en prendre copie, doit se rendre au greffe du tribunal. Le système français est plus commode, mais a l'inconvénient que la mauvaise volonté des sociétés est difficile à surmonter faute de sanction efficace.

En outre, le droit allemand ne prescrit l'énonciation, dans les documents émanés de la Société, ni du montant du capital social, ni du numéro au Registre du Commerce. En revanche, le § 100 de la Loi de 1937 a introduit l'obligation d'indiquer, sur les lettres d'affaires, les noms des Directeurs et du Président du Conseil de Surveillance, ainsi qu'il a été exposé plus haut sous n^{os} 105/6.

c) *La publicité des actes de sociétés*

389. — Le meilleur moyen d'avoir une vue complète et claire de la publicité des actes de sociétés en Allemagne est de dresser un tableau de ces différents actes avec indication des publicités requises.

1. — Constitution :

a) *Dépôt* : Statuts ; s'il y en a, les documents séparés sur la prise d'actions par les fondateurs ; les contrats sur les avantages particuliers, les dépenses de la constitution, les apports en nature et les reprises de biens ; un calcul articulé des dépenses de la constitution ; les documents relatifs à la nomination des premiers administrateurs ; les rapports des fondateurs, administrateurs et contrôleurs avec pièces justificatives ; l'attestation du dépôt des rapports des contrôleurs à la Chambre de commerce ; s'il en est besoin, l'autorisation gouvernementale. La déclaration, signée par tous les fondateurs et administrateurs, doit en outre contenir l'affirmation du paiement du premier quart et être accompagnée de pièces justificatives de ce paiement (v. *supra*, n^o 128), § 29.

Tous ces documents seront conservés au Tribunal, en original, en expédition ou en copie certifiée conforme, § 29, al. 4.

b) *Immatriculation* : Raison, siège, objet, capital, date des statuts, noms des directeurs ; s'il y en a, dispositions statutaires sur la durée, sur les pouvoirs des directeurs ou liquidateurs, sur le capital autorisé, § 32. L'immatriculation est constitutive (requis *ad validitatem*) (1).

c) *Publication de l'immatriculation* : sont publiés les faits immatriculés, et en outre : les autres clauses obligatoires des statuts (montant nominal et catégories des actions, composition de la Direction, forme des publications de la Société) ; s'il y en a, les clauses sur la forme des actions (au nom ou au porteur), sur les journaux de la Société, sur les avantages particuliers, les dépenses de la constitution, les apports en nature, les reprises de biens ; le taux d'émission des actions ; les noms, qualité, domicile des fondateurs et le nombre des actions prises par eux ; les noms, qualité, domicile des membres du premier Conseil de Surveillance, § 33.

2. — Etablissement d'une succursale, § 35 :

a) *Dépôt* : Copie certifiée conforme des statuts. La déclaration est faite au tribunal du siège principal, qui la transmet, avec l'annexe (la copie des statuts) et avec une copie certifiée conforme de ses propres immatriculations relatives à la Société, au tribunal du siège de la succursale ; celui-ci n'a plus à contrôler que les faits particuliers à la succursale (2).

b) *Immatriculation* (au Registre du siège de la succursale) : les mêmes faits que sous 1-b, en outre : le siège de la succursale et, s'il y en a, l'adjonction qui distingue la raison de la succursale de la raison principale. L'immatriculation au siège de la succursale est communiquée d'office au tribunal du siège principal qui la mentionne, mais ne publie pas cette mention.

c) *Publication de l'immatriculation* : les faits immatriculés et en outre : les autres clauses obligatoires des statuts ; s'il y en a, les clauses sur la forme des actions et sur les journaux de la Société ; les autres faits publiés pour l'établissement principal, seulement lorsque l'immatriculation de la succursale a lieu dans les deux ans qui suivent l'immatriculation de la Société.

(1) La question se pose ici et dans les autres cas, où l'immatriculation est constitutive, de savoir si une immatriculation incomplète ou erronée est dépourvue de cet effet constitutif ; p. ex. le juge confond deux sociétés et inscrit, après la raison de la Société A, les autres indications d'après la déclaration de la Société B. A notre avis, il suffit que l'immatriculation permette de reconnaître quelle est la société où l'opération visée par l'immatriculation ; en cas d'immatriculation de la société, la raison sociale nous semble par conséquent seule essentielle.

(2) La publicité des succursales a été réformée d'une manière heureuse par la loi de 1937 (d'après les projets de 1930 et 1931) ; la réforme a été étendue aux commerçants individuels, sociétés de personnes et à responsabilité limitée, par la loi sur l'immatriculation des succursales du 10 août 1937 (Bull. I, 897).

Un système analogue s'applique à la fermeture des succursales, § 35, al. 6.

La Direction d'une société à succursales doit toujours déposer ses déclarations au Registre en autant d'exemplaires qu'il y a d'établissements. Le tribunal du siège annonce, dans la publication au *Moniteur de l'Empire*, que l'immatriculation aura également lieu aux Registres des sièges des succursales (les tribunaux compétents pour les succursales doivent être désignés) ; il transmet ensuite son immatriculation, avec l'indication du numéro du *Moniteur de l'Empire*, aux tribunaux des succursales, en y joignant une des déclarations faites par la Direction ; l'immatriculation au Registre de la succursale se fait sans contrôle ; elle n'est pas publiée au *Moniteur de l'Empire* ; dans les publications dans les journaux du tribunal, mention est faite de l'immatriculation au Registre du siège principal et du numéro du *Moniteur de l'Empire* où elle a été publiée. Si l'immatriculation ne concerne qu'une succursale ou certaines succursales, le tribunal du siège principal ne la transmet qu'aux Registres de ces succursales et ne la publie qu'au *Moniteur de l'Empire*. Ces mêmes règles de dépôt en plusieurs exemplaires et de transmission d'office par le tribunal du siège aux tribunaux des succursales s'appliquent également aux documents et signatures déposés, § 36. (1).

Pour les succursales des sociétés étrangères, le § 37 contient quelques règles particulières.

3. — Constitution subséquente :

a) *Dépôt* : Contrat (original, expédition ou copie certifiée), rapports du Conseil de Surveillance et des contrôleurs avec pièces justificatives, § 45, al. 5.

b) *Immatriculation* : il suffit de la simple mention « constitution subséquente » avec référence aux documents déposés, § 45, al. 7, prop. 1. L'immatriculation est constitutive.

c) *Publication de l'immatriculation* : date du contrat et de l'assemblée générale, indication de l'objet acquis, nom du vendeur et contre-prestation, § 47, al. 7, prop. 2.

4. — Changement dans la Direction ou dans les pouvoirs des directeurs :

a) *Dépôt* : tous les documents relatifs au changement en original ou copie légalisée, § 73, al. 2.

b) *Immatriculation* : indication sommaire du changement (2).

(1) Si les documents ne sont à déposer que pour le registre du siège principal, la loi emploie l'expression « déposée au Registre du siège de la Société » (p. ex. § 143, al. 1, relatif au bilan).

(2) Ces immatriculations ne sont pas requises *ad validitatem*. Aussi la nomination de nouveaux directeurs est-elle valable avant l'immatriculation, et ce sont les nouveaux directeurs qui la déclarent.

c) *Publication de l'immatriculation* : le texte de l'immatriculation.

Les directeurs doivent déposer leurs signatures, § 73, al. 3.

5. — Changement dans le Conseil de Surveillance :

a) *Dépôt* : la décision de l'Assemblée Générale portant élection ou révocation d'un membre du Conseil de Surveillance est, comme toute délibération, inscrite au procès-verbal, déposé au Registre ;

b) *Publication* « sans retard » aux journaux de la Société, § 91 ;

c) *Dépôt* d'une copie des journaux au Registre, afin que le juge puisse surveiller l'accomplissement de la publication, § 91.

6. — **Nomination du Président du Conseil de Surveillance et de ses suppléants :** *Déclaration* au Registre, § 92, al. 1, prop. 2.

7. — **Convocation de l'Assemblée Générale :** Publication aux journaux de la Société, avec indication de la raison sociale, de la date, du lieu et de l'objet de l'assemblée. L'omission de l'indication de la raison sociale, de la date ou du lieu est sanctionnée par la nullité absolue de l'Assemblée, §§ 105, al. 2, 195, n° 1.

8. — **Ordre du jour de l'Assemblée Générale :** S'il n'a pas été inséré dans la convocation, il doit être publié ailleurs, de la manière réglée par les statuts, une semaine au moins avant la date de l'assemblée ou, s'il y en a, avant la date limite du dépôt des actions (si la loi ou les statuts prévoient une majorité plus grande que la simple majorité des voix, le délai est de deux semaines), § 108, al. 2. Sanction : annulabilité de l'assemblée, § 197.

9. — **Décisions de l'Assemblée Générale et protestations des actionnaires :** *dépôt* sans retard du procès-verbal (copie légalisée) avec, y annexés la feuille de présence et les documents sur la convocation, § 111, al. 5.

10. — **Rapport des contrôleurs extraordinaires :** *dépôt*, par les contrôleurs, au Registre, § 121, al. 3, prop. 3.

11. — Modification des statuts :

a) *Dépôt* : à la demande d'immatriculation doit être jointe l'autorisation gouvernementale, si elle est requise pour la modification, § 148, al. 1 (1).

(1) Bien entendu, le procès-verbal de l'assemblée ayant décidé la modification des statuts doit être déposé d'après ce qui est dit sous le n° 9.

b) *Immatriculation* : il suffit de la mention « modification des statuts, décidée le..... » avec une référence à la déclaration déposée, § 148, al. 2. L'immatriculation est constitutive, § 148, al. 3.

c) *Publication de l'immatriculation* : le texte de l'immatriculation.

Mais les plus importantes des modifications aux statuts sont soumises à des règles plus sévères, exposées ci-après sous 12 à 20.

12. — Modification concernant les clauses immatriculées (*supra*, 1-b) **ou les clauses publiées** (*supra*, 1-c). — Elles doivent être *immatriculées* ou *publiées* de la même manière que la clause primitive, § 148, al. 2. La simple mention avec référence aux documents ne suffit donc pas.

13. — Transfert du siège (1) : l'immatriculation est réglée d'une manière semblable à celle d'une succursale, § 38.

14. — Augmentation ordinaire du capital (décision) :

a) *Dépôt* : la déclaration, qui doit être signée par la Direction et le Président du Conseil de Surveillance ou son suppléant, doit énoncer les mises non encore libérées et les raisons pour lesquelles elles ne peuvent l'être (2), § 151, al. 1 et 2.

b) *Immatriculation* : le montant de l'augmentation ; pour le reste, une référence aux documents suffit.

c) *Publication* : le texte de l'immatriculation.

15. — Augmentation ordinaire du capital (réalisation) :

a) *Dépôt* : la déclaration, signée par la Direction et le Président du Conseil de Surveillance ou son suppléant, doit être assortie de l'attestation du paiement du premier quart, des doubles des bulletins de souscription, de la liste des souscripteurs (3), — s'il y en a, des contrats sur les apports en nature, — d'un calcul des frais de l'augmentation et, si elle est nécessaire, de l'autorisation gouvernementale, § 55, al. 1 et 3.

b) *Immatriculation* : le montant de l'augmentation ; pour le reste, une référence aux documents suffit.

c) *Publication de l'immatriculation* : la mention de l'augmentation décidée et réalisée ; cette mention doit être suivie de l'énonciation du taux d'émission des actions nouvelles et, s'il y

(1) Il faut rappeler que le simple changement de l'adresse dans la circonscription du même tribunal cantonal n'est pas considéré en Allemagne comme un transfert du siège, v. *supra*, p. 103¹.

(2) Si les mises peuvent être faites, l'augmentation ne doit pas être immatriculée, parce qu'elle est alors contraire au § 149, al. 4, v. *supra*, n° 193.

(3) En cas de fusion, ces documents sont remplacés par le contrat et les délibérations de fusion, § 237.

en a, des clauses sur les apports en nature (pour ces dernières, une référence aux documents déposés suffit), § 157.

C'est seulement à partir de l'immatriculation de la réalisation que l'augmentation ordinaire est parfaite, § 156. Dans la pratique, la publicité de la décision se fait presque toujours *unum actu* avec celle de la réalisation, ce qui est permis au § 155, al. 5.

16. — Augmentation conditionnelle (décision):

a) *Dépôt* : la déclaration, signée par la Direction et le Président du Conseil de Surveillance ou son suppléant, doit être accompagnée d'un calcul des frais et, s'il y en a, du contrat sur les apports en nature et de l'autorisation gouvernementale, § 162, al. 1 et 2.

b) *Immatriculation* : le montant de l'augmentation ; pour le reste, une référence aux documents suffit.

c) *Publication de l'immatriculation* : le texte de l'immatriculation, les énonciations de la décision relatives au but de l'augmentation, aux bénéficiaires, au taux d'émission, et, s'il y en a, aux apports en nature (ici une référence aux documents suffit), § 163.

L'immatriculation est ici un élément constitutif en ce qu'elle rend possible l'émission des actions nouvelles par laquelle se réalise l'augmentation conditionnelle, §§ 164-167.

17. — Augmentation conditionnelle (réalisation):

a) *Dépôt* : dans le mois après l'expiration de l'exercice, la Direction déclare le nombre des actions émises en affirmant que l'émission n'a été effectuée que conformément à la décision et moyennant la pleine contre-valeur ; elle dépose en outre, les doubles des bulletins de souscription et la liste des souscripteurs, § 168.

b) *Immatriculation* : le montant de l'augmentation réalisée ; pour le reste, une référence aux documents suffit.

c) *Publication de l'immatriculation* : le texte de l'immatriculation.

Cette immatriculation est purement déclaratoire.

18. — **Capital autorisé** : v. 14 et 15 (augmentation ordinaire) mais cf. *supra* p. 169¹.

19. — **Réduction du capital** : v. 11 (Modification des statuts), avec les particularités suivantes :

a) La déclaration doit émaner de la Direction et du Président du Conseil de Surveillance ou de son suppléant, § 176.

b) Il faut avertir les créanciers de leur droit de demander une sûreté : s'il s'agit d'une réduction ordinaire, dans la publication de l'immatriculation de la décision, § 178, al. 1, prop. 2 ; s'il s'agit d'une réduction simplifiée, dans la publication du bilan, § 187, al. 2, prop. 3, v. *supra*, n° 212.

c) La réalisation doit être déclarée par la Direction et le Pré-

sident du Conseil de Surveillance ou son suppléant ; mais son immatriculation est purement déclaratoire, § 181.

20. — Transformation (1) :

a) *Dépôt* : la déclaration doit énoncer les associés personnellement responsables (en cas de transformation en société en commandite par actions) ou les gérants (en cas de transformation en société à responsabilité limitée) ; ces personnes déposent leur signature ; dans le premier cas, il faut annexer une copie légalisée des documents relatifs à l'entrée de ces associés ; dans le deuxième cas, les documents sur la nomination des gérants et une liste des associés indiquant leurs noms, qualité et domicile, ainsi que le nombre de parts de chacun. En outre, il faut déposer le bilan de transformation (§§ 258, 264).

b) *Immatriculation* : il faut inscrire la nouvelle forme, la nouvelle raison sociale et toutes les modifications nécessaires pour que l'immatriculation devienne régulière d'après les règles sur la société en commandite par actions ou sur la société à responsabilité limitée ; pour le reste, une référence suffit.

c) *Publication de l'immatriculation* : il faut publier tous les changements relatifs aux faits publiés lors de l'immatriculation primitive ou qui doivent être publiés lors de la constitution d'une société en commandite par actions ou d'une société à responsabilité limitée ; pour le reste, une référence suffit ; mais en cas de transformation en société à responsabilité limitée, la publication doit en outre avertir les créanciers de leur droit de demander une sûreté, § 267, prop. 2.

21. — Dissolution :

a) *Dépôt* : si la dissolution résulte d'une décision de l'Assemblée, le procès-verbal de celle-ci doit naturellement être déposé, *supra* 9. Si la dissolution a pour but le transfert de l'actif à une autre société, le contrat doit être joint à la déclaration de la dissolution, § 255, al. 3, prop. 2.

En cas de faillite, de refus de l'ouverture de la faillite pour insuffisance d'actif, de dissolution faute d'actif en vertu de la Loi du 9 octobre 1934, § 2, et de dissolution par jugement du Tribunal Economique de l'Empire, § 290, l'immatriculation se fait d'office, aucune déclaration n'est donc requise.

b) *Immatriculation* : elle n'est constitutive que dans le cas du § 2 de la Loi du 9 octobre 1934, v. *supra*, n° 231.

c) *Publication de l'immatriculation* : le texte de l'immatriculation. L'immatriculation de la faillite n'est pas publiée, § 32, C. com. ; elle est remplacée par la publicité spéciale réglée par la Loi sur la faillite.

(1) Nous ne parlons ici que des deux hypothèses où c'est une société anonyme qui se transforme, c'est-à-dire de la transformation en société en commandite par actions ou en société à responsabilité limitée.

22. — Nomination ou changement de liquidateurs :

a) *Dépôt* : les premiers liquidateurs sont déclarés par la Direction ; tout changement, par les liquidateurs ; la déclaration doit énoncer les clauses sur les pouvoirs des liquidateurs, s'il y en a, et être accompagnée des documents sur la nomination, la révocation ou lesdites clauses ; les liquidateurs déposent leur signature ; la nomination ou la révocation de liquidateurs par le Tribunal est immatriculée d'office, § 207, al. 3.

b) *Immatriculation* : indication sommaire du changement.

c) *Publication de l'immatriculation* : le texte de l'immatriculation.

23. — Fin de la liquidation :

a) *Dépôt* : déclaration par les liquidateurs avec dépôt de tous les livres et documents de la Société au lieu désigné par le tribunal, § 214, al. 1 et 2.

b) *Immatriculation* : mention que la liquidation est terminée à la date du..... et que la Société, par suite, a été rayée.

c) *Publication de l'immatriculation* : le texte de l'immatriculation.

L'immatriculation est constitutive (la Société ne s'éteint pas avant sa radiation).

24. — Continuation d'une société dissoute :

a) *Dépôt* : déclaration par les liquidateurs avec, y annexées, les preuves que la distribution de l'actif n'a pas encore commencé, § 215, al. 3.

b) *Immatriculation* : mention que la continuation a été décidée le.....

c) *Publication de l'immatriculation* : le texte de l'immatriculation.

L'immatriculation est constitutive, § 215, al. 4.

25. — Fusion par absorption :

a) *Dépôt* : la Direction de chaque société fait la déclaration à son Registre du commerce en y joignant : le contrat, les décisions de l'Assemblée Générale, en cas de besoin l'autorisation gouvernementale ; la Direction de la société absorbée dépose en outre son bilan final, § 239.

b) *Immatriculation* (après réalisation de l'augmentation du capital de la société absorbante — si une telle augmentation a lieu — et avis donné par le fiduciaire qu'il a reçu les actions de la société absorbante) : mention de la fusion, § 240, al. 1 et 2.

c) *Publication de l'immatriculation* : le texte de l'immatriculation. La publication de l'immatriculation au Registre de la société absorbée doit avertir les créanciers de leur droit de demander une sûreté, § 241, al. 1, prop. 2.

L'immatriculation au Registre de la société absorbée est constitutive, § 240, al. 3 et 4.

26. — Fusion par création d'une société nouvelle:
Premier stade: immatriculation de la société nouvelle:

a) *Dépôt*: Déclaration par les Directions des sociétés fusionnées avec dépôt des pièces requises pour l'immatriculation d'une société (v. *supra* sous 1) et des contrats et délibérations sur la fusion.

b) *Immatriculation*: comme sous 1.

c) *Publication de l'immatriculation*: le texte de l'immatriculation et en outre les noms, qualité et domicile des membres du Conseil de Surveillance et les clauses sur la répartition des actions aux actionnaires des sociétés fusionnées, § 247, al. 3 (1).

L'immatriculation de la société nouvelle est constitutive, § 247, al. 5 et 6.

Deuxième stade: immatriculation de la fusion dans les Registres des sociétés fusionnées:

a) <i>Dépôt.</i>	} Comme en cas de fusion par absorption, § 247, al. 1, mais sur l'initiative de la Direction de la société nouvelle. L'immatriculation est purement déclaratoire.
b) <i>Immatriculation.</i>	
c) <i>Publication de l'immatriculation.</i>	

27. — Demande en annulation d'une délibération de l'Assemblée Générale ou en constatation de sa nullité. §§ 199, al. 5; 201, al. 1; 202, al. 3: *Publication* sans retard de la demande et de la date de l'audience dans les journaux de la Société.

28. — Jugement annulant ou constatant la nullité d'une délibération de l'Assemblée Générale, § 200:

a) *Dépôt* du jugement (sans déclaration).

b) *Immatriculation* d'office du dispositif, s'il concerne une délibération immatriculée.

c) *Publication de l'immatriculation*, si la délibération annulée avait été publiée.

29. — Demande en nullité de la Société:

a) *Dépôt* au Registre d'une copie de la demande, § 216, al. 4.

b) *Publication* dans les journaux de la Société, §§ 216, al. 4, 199, al. 5.

(1) D'après SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 247, note 11, p. 296, il faut publier également, malgré le silence du § 247, les clauses statutaires sur la composition de la Direction, la forme des publications de la Société, la forme des actions, les journaux de la Société, les avantages particuliers et les dépenses de la constitution-fusion.

30. — Jugement déclarant la nullité de la Société:

- a) *Dépôt* d'une copie du jugement (sans déclaration, § 216, al. 4).
- b) *Immatriculation* d'office du dispositif.
- c) *Publication* de l'immatriculation.

31. — Sommation des actionnaires en demeure sous peine d'annulation de leurs titres : trois publications successives aux journaux de la Société, la première trois mois au moins, la dernière un mois au moins avant l'expiration du délai, § 58, al. 2 ; sans cette publication, l'annulation n'est pas possible.

32. — Déchéance des actionnaires en demeure: une publication aux journaux de la Société, § 58, al. 3.

33. — Sommation des actionnaires en vue d'un échange des titres devenus inexacts: trois publications successives aux journaux de la Société, comme sous 31, avec mention de l'autorisation du Tribunal, § 67, al. 2. Sans cette publication, l'annulation n'est pas possible.

34. — Annulation des titres devenus inexacts: une publication aux journaux de la Société, § 67, al. 2, prop. 3.

35. — Sommation aux actionnaires, en cas d'augmentation du capital, d'exercer leur droit préférentiel: Publication du taux d'émission des actions nouvelles et du délai fixé pour l'exercice du droit préférentiel dans les journaux de la Société ; le délai ne court que depuis cette publication, § 153, al. 2.

36. — Sommation aux actionnaires, en cas de réduction du capital, d'échanger leurs titres: trois publications du délai, comme sous 31, avec annonce de l'annulation des titres non échangés, dans les journaux de la Société, § 179, al. 2, prop. 1 et 2 ; sans cette publication l'annulation n'est pas possible.

37. — Annulation des actions non échangées: une publication dans les journaux de la Société, § 179, al. 2, prop. 3.

38. — Sommation des créanciers de faire connaître leurs créances pour cause de liquidation de la Société: trois publications dans les journaux de la Société, § 208 ; la distribution de l'actif aux actionnaires ne peut commencer qu'une année après la dernière annonce, § 213, al. 1.

39. — Sommation, par le représentant spécial du § 244, al. 1, des actionnaires et créanciers de la Société fusionnée: publication d'un délai raisonnable dans les journaux de la société fusionnée, § 244, al. 2.

40. — Sommation, en cas de transformation en société à responsabilité limitée, des actionnaires protestataires: si l'actionnaire est inconnu, cette sommation, avec indication du délai pour déposer le titre en vue d'une réalisation pour son compte, doit être publiée trois fois dans les journaux de la Société ; le délai ne court qu'à partir de la dernière publication.

d) La publicité de la comptabilité sociale

390. — Le créancier d'une société de capitaux ne fait pas confiance en la capacité personnelle de son débiteur, mais en la solidité de ses assises pécuniaires. C'est cette même confiance qui fait entrer et rester une personne, comme associée, dans une telle société. L'associé étant, aussi bien que le créancier, en contre-partie de son irresponsabilité pour les engagements de la Société, privé de tout droit sérieux de co-administration et n'ayant même pas le droit de prendre communication des livres de la Société, il faut au moins que les résumés périodiques de la comptabilité sociale, savoir le bilan annuel avec le compte de profits et pertes et les rapports des administrateurs, jouissent d'une large publicité, alors surtout qu'il s'agit d'une société par actions, dont les parts sont par définition susceptibles de changer souvent de titulaires et d'être négociées en bourse (1). Pour ces raisons, et puisqu'il s'est rendu compte que le contrôle par le public, et notamment par la grande presse boursière, est un facteur appréciable dans la lutte contre les abus et les fraudes, le législateur allemand a toujours assuré une publicité assez étendue :

(1) Mais, à notre avis, le principe de la publicité du bilan vaut aussi pour les sociétés à responsabilité limitée, sinon pour la protection des associés, en tout cas pour celle des créanciers, v. dans le même sens, au moins pour les grandes sociétés à responsabilité limitée, SCHLEGELBERGER, *Noz. Pr.* 1939, 6.

déjà le § 265 C. com. ordonnait : « Le bilan annuel et le compte de profits et pertes sont à publier dans les journaux de la société et en outre, avec les rapports de la Direction et du Conseil de Surveillance, à déposer au Registre du Commerce. »

391. — Ces règles, qui sont actuellement contenues, avec quelques modifications, aux §§ 143 et 144 de la Loi de 1937 (1), n'avaient pourtant qu'une valeur très relative avant la réforme de 1931. La publication d'un bilan sommaire et non contrôlé ne sert pas à grand'chose. Nous avons déjà exposé les règles sur le contrôle qui précède depuis 1931 obligatoirement l'établissement définitif et la publicité du bilan. Restent encore à étudier les prescriptions relatives à l'articulation et à la division du rapport annuel de la Direction et du règlement de comptes, destinées à rendre effective la publicité des bilans et rapports en combattant leur caractère trop résumé, qui leur enlève toute valeur d'information.

Les prescriptions de ce genre sont presque inconnues du droit français. Le décret-loi du 30 octobre 1935 a consacré, dans le nouveau texte de l'art. 35, al. 1 de la L. 1867, le principe de la continuité du bilan avec une netteté qui n'a pas de pareille en droit allemand, mais la suggestion d'édicter des règles positives sur l'articulation du bilan n'a pas été suivie. Le décret-loi du 31 août 1937 n'a inséré dans l'article 35 que le principe banal que « le compte de

(1) Précisons : la Direction dépose, « sans retard », le règlement de comptes et les rapports au Registre du siège principal, elle publie « sans retard » le règlement de comptes dans les journaux de la Société et dépose ensuite les exemplaires justificatifs de l'accomplissement de cette publicité au même Registre. Aucune immatriculation ni contrôle par le juge n'a lieu. Toute publication du bilan et du compte de profits et pertes, non seulement celle dans les journaux de la Société, doit être en entier, y compris l'attestation des contrôleurs et accompagnée de l'indication des noms de famille et au moins un prénom de tous les administrateurs, les Présidents de la Direction et du Conseil de Surveillance étant désignés comme tels, § 144, al. 1 ; la présentation est rigoureusement réglée à l'al. 2 ; le tout sous la sanction d'une amende pénale pour les administrateurs coupables, § 301.

profits et pertes doit exprimer, sous les rubriques distinctes, les profits ou les pertes de provenances diverses ». Ce laconisme s'explique peut-être par le fait qu'également la publicité du bilan n'est que très rudimentaire. L'art. 35, al. 2 à 5 ne crée qu'une publicité au siège social et au seul profit des actionnaires. Si l'on fait abstraction de la publicité exceptionnelle en vue d'une offre d'actions au public, prescrite par l'article 3 de la Loi du 30 janvier 1907, c'est tout et c'est très peu. La différence frappante entre le respect excessif du législateur français pour le secret d'affaires et la politique du législateur allemand depuis 1931 a attiré l'attention des auteurs français, de sorte qu'aucune des parties du droit allemand des sociétés a fait l'objet de tant d'excellents travaux français que la publicité et en particulier l'articulation du bilan (1). Nous pouvons donc nous borner à signaler les règles qui nous semblent les plus intéressantes du point de vue juridique ou comparatif, en passant sur les questions de détail et de technique comptable.

392. — La première réforme de 1931 en la matière était d'édicter que le rapport annuel de la Direction ne devait pas seulement exposer « la marche de la Société » — pour employer la terminologie française (art. 34, al. 1, prop. 2, L. 1867) — mais aussi commenter le bilan et le compte de profits et pertes, en signalant les différences essentielles de l'exercice précédent. Le § 128 a conservé cette réforme, et en particulier l'énumération d'un nombre considérable de faits et d'opérations qui doivent être énoncés dans cette deuxième partie du rapport (2). Nous avons déjà à plusieurs

(1) V. notamment P. BAUDOUIN-BUGNET, *Le contrôle des sociétés et la protection de l'épargne en Allemagne*, Paris, 1934 ; J. HAMEL, *La réglementation du bilan dans les sociétés par actions*. Ann. Dr. Com. 1932, 11-22 ; A. PERCEROU, *Lois actuelles et projets récents en matière de sociétés par actions*, thèse, Paris, 1932, pp. 365 ss.

(2) Nous rappelons que le rapport n'est pas publié, mais seulement déposé, et que seule la partie expliquant le bilan est soumise au contrôle, que les contrôleurs peuvent toutefois critiquer la partie exposant « la

reprises eu l'occasion d'attirer l'attention sur ce point (p. ex. dans les chapitres sur les Konzerns, sur l'achat par la Société de ses propres actions et sur la rémunération des administrateurs). Relevons ici que le législateur allemand prescrit (§ 128, al. 2, n° 6) de mentionner les engagements non inscrits en comptabilité, tels que promesse de garantie, cautionnement, aval, ouverture de crédit, constitution d'hypothèque ou de gage, etc., et ce nonobstant le § 131, al. 7, qui ordonne d'inscrire au bilan toutes sortes de cautionnements et de garanties, alors même que la Société a un droit de recours équivalent. Ainsi le législateur allemand a réalisé une idée chère à tous les projets de réforme français, consacrée par le rapport précédant les décrets-lois du 30 octobre 1935 (*J. O.*, p. 11.468), mais hélas non pas par le décret même, et qui se retrouve dans le dernier projet, du 29 novembre 1937 (*Doc. Ch.*, n° 3163, art. 2).

Nous avons déjà exposé les raisons de regretter que le législateur de 1937 ait supprimé l'obligation d'énoncer les actions « liées », c'est-à-dire les actions dont le titulaire a pris des engagements envers la société ou une société du Konzern relatifs à l'exercice du droit de vote ou d'un autre droit attaché à l'action (*supra*, n° 303). Rappelons également que la valeur du § 128 est compromise par la « clause de protection » de son al. 3 (reproduisant avec des retouches insignifiantes l'al. 4 du § 260 *a* C. com.) qui ne dispense pas seulement d'une « reddition de comptes diligente et fidèle » dans « l'intérêt supérieur de la Société ou d'une entreprise intéressée », mais permet aussi à la Direction de se prévaloir de « l'intérêt commun du peuple et de l'Empire ».

393. — La Loi de 1937 a également conservé, dans ses §§ 131 et 132, l'autre réforme de 1931, qui était l'établissement d'un bilan type et d'un compte de profits et pertes type, indiquant le minimum obligatoire d'articulation pour toutes les sociétés dont la branche ne rend pas nécessaire

marche et la situation de la Société » si elle est de nature à fausser l'impression qui se dégage du bilan.

une autre présentation du bilan, qui en tout cas doit être équivalente. Le § 134 confère aux ministres de la Justice et de l'Economie Nationale le droit de compléter la loi ou d'y déroger, et ils en ont fait usage dans les décrets d'application des 29 septembre 1937 et 21 décembre 1938 pour certains genres d'entreprises, surtout les instituts de crédit (cf. l'art. IX, § 24 du 1^{er} décret d'application, du 19 septembre 1937). Ayant déjà mentionné les plus importantes des nombreuses rubriques spéciales prévues aux §§ 131-132, surtout celles concernant les rapports avec les entreprises du Konzern, nous ne signalons ici que la règle d'après laquelle il faut inscrire dans un poste séparé les « participations » de tous genres, § 131, al. 1, A., II, 6, et les revenus en provenant, § 132, al. 1, II, 2. C'est également une idée qu'on retrouve dans les projets déposés sur cette question en France (1).

394. — Toutes ces règles sur l'articulation et la division des rapports, bilans et comptes de profits et pertes assureront-elles vraiment « une présentation claire et facile à comprendre, de nature à permettre de se rendre compte aussi exactement que possible de la situation de la Société » (expression du § 129, al. 1) (2) ? Il est permis d'en douter, le législateur ayant délibérément omis d'interdire la pratique des réserves occultes.

Sans doute, ce problème, qui est l'un des plus graves des sociétés par actions, a-t-il changé de profil dans la nouvelle loi. Le droit des actionnaires à la répartition du bénéfice annuel, invoqué jadis souvent contre les réserves

(1) Prop. Lesaché, Doc. S. 1932, n° 826, art. 5, 5°, p. 1194 ; proj. Pernot, Doc. Ch. 1935, n° 4503, art. 2, p. 90 (3^e col.) ; proj. Auriol, Doc. Ch. 1937, n° 3163, art. 2.

(2) Rappelons que la seule sanction de leur inobservation est le blâme du contrôleur, car la violation des §§ 131 et 132 n'entraîne jamais la nullité du règlement de comptes annuel, et l'annulabilité seulement si le règlement a été décidé par l'Assemblée générale, et que la violation est si grave qu'elle porte une atteinte sensible à la clarté, § 197, al. 3, v. *supra* n° 328.

occultes (1), a été remplacé, nous l'avons vu, par la liberté de l'Administration ou de l'Assemblée générale — si celle-ci est appelée à statuer sur le bilan — de former des réserves à leur guise. La question de savoir si elles peuvent choisir la forme des réserves occultes est désormais exclusivement un problème de publicité. Mais précisément, cette nouvelle situation n'aurait-elle pas justifié une prohibition ou restriction des réserves occultes ? Les Motifs Officiels invoquent que, pour beaucoup d'entreprises, il est indispensable de créer un capital supplémentaire et que cela n'est souvent possible qu'au moyen de réserves occultes. Cette affirmation était peut-être vraie sous le régime du Code de Commerce, où l'Administration avait à craindre le rejet du bilan par l'Assemblée générale et le droit des actionnaires individuels d'exiger la répartition des bénéfices. Mais on ne voit plus, depuis 1937, pourquoi les besoins légitimes ne peuvent être satisfaits par des réserves ouvertes. Il est vrai, comme le disent plus loin les Motifs, que toute appréciation dans le bilan est dans une certaine mesure arbitraire, mais il y a quand même des limites et des différences, et les seules réserves occultes sujettes à discussion sont celles créées par une sous-évaluation de l'actif ou une surévaluation du passif intentionnelle et dépassant la marge de ce qui peut se défendre du point de vue strictement comptable (2).

Les auteurs des Motifs estiment que les règles détaillées sur l'articulation du bilan et en particulier la défense du

(1) On pouvait même soutenir, sous l'ancien régime, que dans les sociétés dont les statuts donnent toute liberté à l'Assemblée générale, il fallait quand même accuser à la fin du bilan le vrai bénéfice tout entier, afin que l'Assemblée puisse statuer sur les réserves en toute connaissance de cause.

(2) V. A. PINNER, dans STAUB, Suppl. 1932, § 260-b, note 12, pp. 112-113, qui défend les réserves occultes. Bien entendu, des sous-évaluations d'actif tout à fait exagérées ou faites dans un but frauduleux sont illégales, même punissables d'après le § 296, al. 1, n° 1, puisqu'elles ne sont pas conformes aux « principes d'une comptabilité régulière », sorte de bonnes mœurs commerciales que le § 129, al. 1 commande de respecter avant tout. Mais les limites sont très douteuses.

§ 131, al. 5 de compenser dans le bilan les créances et les dettes, les droits et les charges, et d'inscrire des créances fictives, de sorte que les réserves occultes ne peuvent être créées que par réduction exagérée des valeurs actives ou exagération d'un compte passif de rectification ou de provision, suffiront pour parer aux abus. C'est méconnaître la gravité du problème.

Les inconvénients de ces réserves occultes ont été maintes fois démontrés en théorie et en pratique (1). Mais le principal danger ne nous semble pas être dans la formation de ces réserves, mais dans leur emploi, également occulte, c'est-à-dire dans le changement « selon le besoin » des bases d'évaluation des mêmes objets. Ce changement supprime la continuité du bilan et rend ainsi impossible tout contrôle sérieux par le public. Or, un remède tout indiqué à ces procédés aurait été une règle du genre de l'art. 35, al. 1 du texte actuel de la Loi de 1867, ordonnant l'immuabilité des méthodes d'évaluation. On aurait même pu assouplir une telle règle, à la seule condition que tout produit d'un changement de la méthode d'évaluation soit séparément indiqué comme tel au compte de profits et pertes. Un tel règlement rend impossible de clore les bonnes années par un bilan déficitaire, et les mauvaises par un bilan excédentaire, ou au moins, tout lecteur attentif peut se rendre compte, par la consultation du compte de profits et pertes, du caractère artificiel du déficit ou de l'excédent.

Rien de tout cela ne se trouve dans la Loi de 1937. Le § 128, al. 2 prescrit de mentionner, dans le rapport annuel, les différences essentielles du dernier bilan, mais cette mention n'est pas obligatoirement précisée par des chiffres et des indications de détail ; le § 132, al. 1 exige, sous II, 4, un poste particulier dans le compte de profits et pertes pour les recettes extraordinaires, y compris celles provenant d'une suppression de rectifications de valeurs, comptes

(1) V. récemment FOLLIET. *Le bilan*, Paris, 1937, pp. 317 ss., avec de nombreuses références.

de provision ou de réserves facultatives, mais une distinction de ces diverses sources n'est pas requise, et un chiffre global suffit ; en outre, il n'y a même pas unanimité sur le point de savoir dans quelle mesure les réserves occultes tombent sous le coup de cette disposition (1).

Les juges aperçoivent bien les confusions créées par les procédés susmentionnés ainsi qu'il appert nettement dans le dernier arrêt du Tribunal d'Empire qui, motivé avec soin, a définitivement fixé la jurisprudence dans le sens d'une admission de la formation occulte et de l'emploi occulte de réserves (2) ; mais ils ne peuvent naturellement rien faire contre la volonté du législateur. La doctrine, elle aussi, après avoir, à l'origine, condamné toute sous-évaluation intentionnelle de l'actif, ce qui était d'une sévérité excessive, est depuis la fin de la guerre devenue de plus en plus indulgente envers « l'augmentation de la force de résistance de la Société » et le « règlement sans éclat de ses pertes » au moyen de réserves occultes (3), gagnée par la mystique de l'entreprise.

e) *Le juge cantonal, gardien de la publicité et organe de surveillance générale de l'activité sociale*

395. — Le « juge du Registre du Commerce » a été évoqué déjà dans plusieurs chapitres. On ne saurait en effet comprendre le droit commercial allemand, et en particulier le droit des sociétés, sans avoir une vue d'ensemble du rôle conféré à cet important personnage. Nous retrouvons ici cette technique de la loi allemande d'utiliser les mesures de publicité à des fins de surveillance. Ainsi le principal fondement des pouvoirs du juge du Registre du Commerce est le § 14 C. com., qui ordonne d'infliger des amendes en vue de contraindre les commerçants à

(1) V. HEFERMEHL, *Soz. Pr.* 1938, 412 ss., 746 ss. ; BERGER, *ZHR* 106 (1938), pp. 35 ss. (41-43).

(2) Trib. d'Emp., 15 octobre 1937, *RGZ* 156, 52 ; *DJ* 1937, 1962 ; *JW* 1938, 109, note DIETRICH.

(3) V. FLECHTHEIM, § 213, note 19, pp. 53-a-55-a, avec de nombreuses références.

effectuer les dépôts et déclarations obligatoires. Ces amendes, dont la procédure est réglée dans la Loi sur la Jur. Grac. (§§ 132 ss.), constituent la sanction générale qui s'ajoute, lorsqu'il s'agit de l'omission d'une déclaration aux fins d'immatriculation, à l'inopposabilité du § 15 C. com. dont nous venons de parler. Cette sanction est aussi connue en France, mais elle a une plus grande portée en Allemagne, parce que les dépôts et déclarations obligatoires sont beaucoup plus nombreux.

396. — Le § 14 C. com. est pourtant insuffisant en droit des sociétés. La loi impose en cette matière bon nombre d'obligations aux Directeurs et liquidateurs, qu'il est difficile de munir d'une sanction civile efficace. Ainsi les Directeurs doivent communiquer toutes sortes de documents au Conseil de surveillance, à l'Assemblée générale et aux contrôleurs. Si les bénéficiaires de ces devoirs devaient vaincre la mauvaise volonté de la Direction par un procès contentieux, les dispositions légales risqueraient fort de rester lettre morte. Pour cette raison le § 303, al. 1 (ancien § 319, al. 1 C. com.) étend le pouvoir du juge d'infliger des amendes, sans cependant aller aussi loin que de permettre d'infliger des amendes à d'autres personnes qu'aux Directeurs et aux liquidateurs (en particulier les membres du Conseil de Surveillance et les contrôleurs ne peuvent pas être punis). Sont ainsi sanctionnées les obligations de demander au tribunal la nomination d'un membre du Conseil de surveillance, afin que le Conseil puisse délibérer ; de faire des rapports périodiques au Conseil et de lui communiquer les informations et documents dûment requis ; de faire et de soumettre à l'Assemblée ordinaire le bilan et les rapports de la Direction et du Conseil, ainsi que le projet de distribution des bénéfices et de tenir ces documents à la disposition des actionnaires dans les délais prescrits ; de donner les informations requises et accès aux documents, etc., aux contrôleurs ordinaires et extraordinaires ; de faire en temps utile le bilan et le rapport annuel, de les soumettre au Conseil de surveillance et, s'il y a lieu, de convoquer

l'Assemblée générale pour y statuer ; de mandater le contrôleur du règlement choisi par l'Assemblée ou de demander au tribunal la nomination d'un tel contrôleur ; de publier les demandes en annulation d'une délibération de l'Assemblée générale ; de déposer, après la fin de la liquidation, les documents sociaux au lieu désigné par le tribunal.

En revanche, l'al. 2 du § 303 écarte l'application du § 14 C. com. dans quelques hypothèses, parce que, dans ces hypothèses la sanction de droit civil est suffisante. Ce sont les cas où l'omission de l'immatriculation est sanctionnée d'inefficacité ou de nullité.

397. — Si le droit d'infliger des amendes gagne une importance toute particulière en matière de sociétés, en vertu du § 303 de la Loi, il en est de même d'une autre prérogative du juge du Registre, savoir la radiation d'office. Celle-ci est réglée dans la Loi sur la Jur. Grac., §§ 142-144. En droit commun (§§ 142-143), elle n'a aucun caractère disciplinaire ; le juge rectifie tout simplement une erreur en supprimant, les intéressés entendus, une inscription qui n'aurait jamais dû être faite et qui n'a jamais pu avoir aucun effet. Il en est tout autrement, lorsque l'immatriculation a un effet constitutif, tel qu'il est prévu en ce qui concerne les modifications des statuts, fusion, etc. Ici, la radiation, permise par le § 144, al. 2 L. Jur. Grac., détruit une situation acquise, car la résolution rayée à cause de nullité absolue aurait pu, sans cette radiation, devenir pleinement valable en vertu du § 196, al. 2 (v. *supra*, n° 330). Plus graves encore sont les conséquences d'une radiation d'office de la Société même, § 144, al. 1 L. Jur. Grac., qui entraîne la nullité, c'est-à-dire la liquidation forcée (v. *supra*, n° 155). Mais le § 144, al. 1, n'a pu devenir une arme disciplinaire que par l'introduction de l'idée de la nullité subséquente. C'est seulement à partir du moment où on admet l'idée qu'une immatriculation parfaitement régulière peut devenir fausse et par là soumise à la radiation d'office, à la suite d'un comportement

ultérieur de la Société, que le § 144' permet au juge d'influencer ce comportement par la menace de la radiation. Nous avons vu que les tribunaux hésitent encore à suivre cette idée, mais elle est indubitablement en progression et a gagné une victoire incontestable par la Loi du 9 octobre 1934, dont le § 2 a consacré la jurisprudence permettant la radiation d'office des sociétés de capitaux ayant perdu tout leur actif.

398. — Toute surveillance a pour condition préalable la solution de la question difficile : comment le juge sera-t-il informé des irrégularités éventuelles qu'il a la tâche de réprimer ?

C'est d'abord la multitude des compétences centralisées entre ses mains qui fournit au juge un moyen de s'informer. Toute opération juridique importante dans la vie juridique de la Société donnant lieu à une déclaration ou à un dépôt, le juge est en mesure de s'apercevoir de certaines omissions. Ainsi, il remarque sans peine l'omission de la Société de déposer le bilan et le procès-verbal de l'Assemblée Ordinaire, puisque ces dépôts doivent se répéter périodiquement. En outre, la Loi confère au juge un certain nombre de fonctions qui, à la différence de celles du § 303, n'ont en elles-mêmes rien de disciplinaire (p. ex. nomination d'administrateurs, de contrôleurs ou de représentants de la minorité), mais qui contribuent elles aussi à le tenir au courant des affaires de la Société. La compétence du juge du Registre du Commerce pour ces actes ne résulte d'ailleurs pas de la loi sur les sociétés par actions, qui parle simplement du « Tribunal ». C'est de nouveau la Loi de l'Empire sur la Juridiction Gracieuse qu'il faut consulter ici et qui attribue, dans son § 145, al. 1, ces compétences aux « tribunaux cantonaux », en précisant, dans l'al. 2, que si le Registre du Commerce pour plusieurs cantons est administré par un tribunal cantonal, c'est celui-ci qui est chargé des matières visées à l'al. 1, ce qui montre le rattachement, voulu par la loi, de ces matières à l'administration du Registre du Commerce.

399. — Toutefois, les informations que le juge peut se procurer ainsi lui-même et celles qui lui parviennent ici et là par des dénonciations individuelles de la part de personnes intéressées seraient insuffisantes. C'est pourquoi les §§ 125-*a* et 126 de la Loi sur la Juridiction Gracieuse organisent une collaboration entre le juge et d'autres autorités et organismes officiels.

Le § 126 oblige les Chambres de Commerce de prêter aide et assistance au Registre du Commerce en vue d'empêcher des immatriculations inexactes, de faciliter la rectification et la mise au complet du Registre, et de combattre l'emploi de raisons illégales. Les Chambres de Commerce ont qualité pour faire des démarches à ces fins et pour se pourvoir contre les ordonnances du juge. Le § 126-*a*, inséré dans la Loi par le décret du 10 août 1937, enjoint à tous les tribunaux, au Ministère public et aux autorités policières et communales, ainsi qu'aux notaires, de dénoncer au juge du Registre du Commerce tous les cas de déclarations inexactes ou incomplètes au Registre et toutes les omissions de déclaration dont ils ont connaissance par leurs fonctions. De même, les autorités fiscales doivent donner les informations nécessaires pour empêcher les immatriculations inexactes ou pour rectifier ou mettre au complet le Registre.

400. — Ainsi armé, le juge du Registre du Commerce exerce une surveillance générale de l'activité des sociétés par actions.

Il ne faut cependant pas exagérer son rôle. Si la surveillance dépasse le domaine de la publicité par les compétences du § 303 de la loi sur les sociétés par actions et des §§ 144 et 145 Loi Jur. Grac., il n'en reste pas moins vrai qu'il s'agit là d'attributions qui ne deviennent pratiques que d'une manière exceptionnelle, et qui ont peu de prise sur la vie économique des sociétés. Le principe est, en Allemagne comme en France, que le juge ne se mêle jamais de la gestion, et que même l'observation des règles légales ne l'intéresse que sur la demande des indi-

vidus intéressés qui le saisissent en procédure contentieuse. S'il est certain que le contrôle du juge est plus serré en Allemagne qu'en France, surtout en matière de publicité, et que la procédure gracieuse y joue un rôle beaucoup plus important, il est inexact d'induire de ces différences un profond antagonisme des idées fondamentales. Un tel antagonisme existerait, si la loi allemande soumettait les sociétés à une sorte de tutelle administrative ou judiciaire. Mais toutes les suggestions en ce sens furent repoussées par l'Académie du Droit allemand. La Loi de 1937 est donc restée à cet égard fidèle aux traditions de la législation antérieure.

§ 3. — La Dissolution administrative

401. — En écrivant les dernières lignes du paragraphe précédent, nous n'avons pas oublié que la Loi contient toute une partie spéciale, intitulée : « La société par actions et l'Etat » (§§ 288-293). Toutefois, cette partie ne règle — en dehors de l'admission de sociétés étrangères (§ 292), dont nous parlerons dans l'appendice — que la dissolution administrative des sociétés dangereuses au bien public, notamment à la suite d'une activité de leurs administrateurs (*Verwaltungsträger*) qui viole grossièrement la loi ou les principes d'une gestion économique consciencieuse (*die Grundsätze verantwortungsbewusster Wirtschaftsführung*). Cette dissolution peut être prononcée par le Tribunal économique de l'Empire à la requête du ministre de l'Economie nationale (§§ 288-291).

Une telle dissolution était déjà connu du droit antérieur. Sous le régime du Code de commerce, elle avait été réglée par les lois des pays (p. ex., en Prusse, par l'art. 4 de la loi d'exécution du Code de commerce). Le § 62 de la Loi sur les Sociétés à responsabilité limitée du 20 avril 1892 prescrivait déjà qu'une Société peut être dissoute, sans que la dissolution donne lieu à une indemnité, si elle met en danger le bien public parce que les associés prennent des décisions illégales ou tolèrent des agissements illégaux

des gérants. De même, le § 43 C. c. permet de retirer à une association la personnalité morale si, par une décision illégale de l'Assemblée générale ou par une activité illégale de la Direction, elle met en danger le bien public. Toutes ces dispositions n'ont presque jamais été appliquées (1).

402. — La réforme la plus visible apportée à la législation antérieure est que le § 288 tranche pour la première fois la question de l'autorité compétente pour prononcer la dissolution, d'une manière uniforme pour tout l'Empire, tandis que le § 62, al. 2, Loi sur les Sociétés à responsabilité limitée, et le § 44, C. c. renvoyaient aux lois des pays.

A défaut d'un tribunal administratif de l'Empire, on a confié la juridiction en cette matière au Tribunal économique de l'Empire. Ce tribunal, en dépit de son nom qui pourrait faire supposer des compétences générales en matière économique, est au contraire un Tribunal très spécialisé (2). Issu d'une cour d'arbitrage créée pour régler les différends d'ordre administratif sous le régime de l'économie de guerre, et dépendant à ce titre du Ministère de l'Economie nationale, sa compétence s'étendait jusqu'ici notamment à la connaissance de certains conflits entre l'Empire et les particuliers à l'occasion de dommages de guerre ou engendrés par l'exécution du traité de paix. Plus tard, il lui avait été conféré la juridiction de diverses contestations mettant en cause des intérêts professionnels, industriels ou commerciaux, tels que la révision des contrats de fournitures de gaz, la confiscation des marchandises importées illicitement, la fixation des dommages-intérêts pour dégâts causés par des troubles publics, l'imma-

(1) Tout récemment, un cas d'application du § 62, Loi sur les Sociétés à responsabilité limitée, est devenu connu : Cour de Berlin, 14 janvier 1937, *JW* 1937, 1270, n° 34. En France, la dissolution forcée est proposée comme mesure de sûreté dans l'art. 89 du Projet du 17 juin 1938 portant refonte du Code pénal (Doc. Ch. n° 4287).

(2) Il a été institué et organisé d'abord par le décret du 21 mai 1920 (Bull. 1167), modifié par la Loi du 30 juillet 1921 (Bull. 1046), § 65, et le décret du 30 novembre 1927 (Bull. I, 343), art. 9, et les lois des 31 mars 1928 (Bull. I, 135) et 5 septembre 1935 (Bull. I, 1141).

trication au registre de l'artisanat. Le décret-loi du 2 novembre 1923 « contre les abus de puissance économique » y avait rattaché le Tribunal des Cartels, chargé surtout de statuer, à la requête du Ministre de l'Economie nationale, sur l'annulation d'un cartel ou d'une décision prise par un cartel (1). C'est cette dernière fonction que le législateur de 1937 a eue en vue, semble-t-il, en édictant le § 288.

403. — Par une Loi du 25 février 1938 (2), le Tribunal économique a été complètement réorganisé ; il faut croire que cette réorganisation n'est pas sans rapport avec la promulgation de la Loi sur les Sociétés par Actions et qu'elle a déjà été envisagée au moment de la rédaction du § 288 de cette Loi. Le Tribunal économique a absorbé le Tribunal des Cartels. Qualifié de tribunal indépendant, soumis uniquement à la loi, il se compose de juges de carrière, appelés conseillers au Tribunal économique de l'Empire (*Reichswirtschaftsgerichtsräte*), nommés à vie, et de juges-experts non juristes, appelés juges au Tribunal économique de l'Empire (*Reichswirtschaftsrichter*), choisis pour chaque séance par le Président du Tribunal d'une liste établie par le Ministre de l'Economie nationale et le « Représentant du Führer », le Directeur de la Chambre économique de l'Empire entendu. Le Tribunal est divisé en chambres (*Senate*) qui statuent dans la composition d'un Président de Chambre, deux Conseillers et deux Juges ; mais s'il le juge opportun, le Président peut statuer seul, sans préjudice du droit des intéressés de réclamer une décision de la Chambre. La procédure devant la Chambre est orale, mais non publique.

404. — Plus discrètes, mais d'une portée difficile à apprécier d'avance, sont les trois innovations concernant le fond même de l'institution de la dissolution administrative :

(1) Sur le Tribunal des Cartels, cf. P. STERNE, *L'Origine et le Fonctionnement du Tribunal des Cartels en Allemagne*, thèse, Paris, 1937.

(2) Loi sur le Tribunal économique de l'Empire (Bull. I, 216). Cf. la dissertation de M. PIETZKER, *Soz. Pr.*, 1938, 475.

1° La référence aux « principes d'une gestion économique consciencieuse », notion imprécise qui n'est pas sans danger ;

2° Plus inquiétant encore est le terme « notamment » ; le § 288 permet en effet la dissolution « si la Société met en danger le bien public, *notamment* par une activité de ses administrateurs qui viole grossièrement la loi ou les principes d'une gestion économique consciencieuse ». Aucun reproche précis n'est donc plus requis. Sans violation de la loi, même sans violation des principes d'une gestion régulière, la Société peut désormais encourir la dissolution, si le ministre et le tribunal trouvent qu'elle est dangereuse au bien public pour une autre raison quelconque.

3° La possibilité, donnée au Tribunal par le § 289, de rendre, à la requête du ministre, les « ordonnances nécessaires » (*die nötigen Anordnungen*) avant de statuer sur la dissolution. Le § 289 subordonne cette possibilité à ce que la dissolution a été requise par le ministre, mais il ne dit pas que les ordres du tribunal expirent ou doivent être révoqués lorsque la requête en dissolution est rejetée. Les « ordonnances » peuvent donc — et les Motifs officiels le relèvent formellement — survivre à la décision du rejet. Mais s'il en est ainsi, on ne voit pas pourquoi le ministre ne pourrait d'emblée limiter sa requête à de telles ordonnances (p. ex., institution d'un commissaire). Cette interprétation rendrait la procédure plus souple, mais par là, peut-être, aussi plus fréquente.

CONCLUSION

LA LOI DE 1937 ET LE DROIT ANTÉRIEUR, EN PARTICULIER L'EMPRISE DE L'ÉTAT SUR LA VIE SOCIALE

405. — Arrivés à la fin d'une analyse du système de la loi de 1937 et de ses décrets d'application, nous croyons utile d'en tirer pour ainsi dire le bilan par une comparaison résumée avec le droit antérieur.

A première vue, nous nous sommes rendu compte que la nouvelle législation, loin de reconstruire le droit des sociétés de fond en comble, a, au contraire, à la fois un caractère conservateur et un caractère réformateur. Le nombre des dispositions simplement conservées ou soumises seulement à des modifications rédactionnelles dépasse même celui des règles nouvelles ; ce sont les réformes qu'il faut énumérer et non pas les parties de la loi qui remontent au Code de commerce (1). Les lignes suivantes mettront en évidence la portée respective de ce qu'on peut appeler, d'une part, la fonction conservatrice, d'autre part, la fonction réformatrice de la loi de 1937.

I. — LA FONCTION CONSERVATRICE

406. — La loi de 1937 conserve l'ancien droit en remplissant trois fonctions que nous désignons par trois

(1) Ainsi, dans les pages précédentes, nous avons toujours signalé les

expressions empruntées à la terminologie juridique anglaise, connue en France par les travaux de M. LÉVY-ULLMANN (1). La loi de 1937 est une loi de révision, de consolidation et de codification.

La loi de 1937 est une loi *révisée*, c'est-à-dire, une loi qui tient compte des modifications que le chapitre sur les sociétés par actions dans le Code de 1897 a subies entre temps. La loi modifiant l'obligation des directeurs et liquidateurs de demander la faillite, du 25 mars 1930, avec le décret-loi du 1^{er} août 1931 relatif au même sujet, le décret-loi du 19 septembre 1931, enfin, encore tout dernièrement, une loi du 26 mai 1933, le § 126 de la loi sur le Concordat préventif du 26 février 1935 et une loi du 7 mars 1935, avaient apporté de nombreux changements qui avaient modifié le texte du Code de commerce. Toutes ces retouches de détail sont désormais refondues dans la loi de 1937.

La loi de 1937 est une loi de *consolidation*. Un grand nombre de lois et décrets avaient altéré le Code sans y être insérés. Dans les éditions usuelles du Code, ils figuraient dans un annexe qu'il fallait consulter à tout moment, ce qui ne facilitait pas la lecture. La troisième section de la loi d'Introduction de la loi de 1937, §§ 19 à 24, en donne une liste en vue de leur abrogation.

Mais ce travail de consolidation n'a pas réussi à concentrer tous les textes relatifs aux sociétés par actions dans une loi unique ; nous ne revenons pas sur ce point que nous avons déjà étudié (n^{os} 54-60).

La loi de 1937 est enfin une loi de *codification*. Le mot « codification » est employé ici dans ce sens restreint qu'il signifie la transformation en loi écrite de la coutume jurisprudentielle. La codification est ou bien expresse, c'est-à-dire, les dispositions légales consacrent formellement la pratique antérieure, et alors il n'y a aucune difficulté pourvu que le texte soit clair, ou bien la codification est

innovations ; si rien n'a été dit, il s'agissait de dispositions reprises du droit antérieur.

(1) V. LÉVY-ULLMANN, *Cours de droit civil comparé* (doctorat), 1936-1937, p. 229.

implicite. Cette dernière forme consiste à ne rien dire : la loi reste muette sur une question, et ce silence implique précisément l'approbation de la jurisprudence. Il est toujours assez délicat de décider si, dans une question déterminée, le silence de la loi vaut approbation de la jurisprudence antérieure ou n'est qu'apparente, le législateur ayant cru ou voulu régler la question d'une manière différente par la nouvelle loi. Il s'agit au fond du même problème que si l'on doit choisir entre un argument par analogie et un argument du contraire : y a-t-il vraiment une lacune qui doit être comblée par une analogie ou un recours à l'ancienne jurisprudence, ou la lacune n'est-elle qu'apparente ? Pour donner un exemple pratique : On vient d'exposer que la loi de 1937 ne répond pas plus que le Code de commerce à la question de savoir si l'Assemblée générale peut restreindre la négociabilité des actions par une clause d'agrément ; le législateur aurait pu le faire, soit dans le § 61 (transfert des actions), soit dans les §§ 146-147 (modifications des statuts). Les motifs officiels n'indiquent point si cette omission marque la condamnation ou l'approbation par le législateur de l'ancienne jurisprudence. Seul l'esprit de la loi et le commentaire officieux de M. SCHLEGELBERGER fournissent des arguments en faveur de la dernière solution.

Toutefois, il y a des cas où les dispositions de la loi font apparaître assez clairement une codification implicite. Il en est un particulièrement important, savoir le droit international privé des sociétés. Cette matière mérite une discussion à part que nous renvoyons à l'appendice.

II. — LA FONCTION RÉFORMATRICE

407. — Les réformes apportées par la loi de 1937 au droit allemand des sociétés par actions résultent de l'histoire de cette loi que nous avons relatée dans la première partie de l'introduction de ce livre. Il faut distinguer les réformes techniques et les réformes de principe. Les réformes techniques sont celles projetées ou discutées déjà

avant 1933. et simplement incorporées, transformées ou perfectionnées, dans l'œuvre de 1937. Les réformes de principes sont celles ajoutées plus tard pour satisfaire à certaines idées nationales-socialistes. Ce sont les réformes de principe dont on parle le plus ; pourtant, en pratique, les réformes techniques s'avéreront peut-être plus importantes et surtout plus utiles.

408. — A. — Les réformes techniques peuvent être classées en quatre groupes :

1° La loi de 1937 tient compte de la concentration économique et de l'enchevêtrement des sociétés, soit qu'elle les facilite par des règles détaillées, soit qu'elle lutte contre les abus en édictant des mesures de contrôle et de publicité, des responsabilités ou l'intervention de l'Assemblée générale. Nous rappelons ce que nous avons dit au n° 94 sur les *Konzerns*, et le fait que toute une partie de la loi est consacrée à la fusion (§§ 233-252) et aux autres formes de transfert d'actif (§§ 253-256).

Dans cet ordre d'idées, il faut citer encore les clauses de protection en faveur des intérêts supérieurs « d'une entreprise intéressée » (*eines beteiligten Unternehmens*) : §§ 112, al. 3 ; 121, al. 3, prop. 2 ; 128, al. 3 ; 138, al. 3 (1).

Enfin, il semble bien que ce sont surtout les abus dont se sont rendues coupables parfois les sociétés dominantes au détriment des sociétés dépendantes qui ont inspiré le § 101 qui oblige aux dommages-intérêts ceux qui exploitent leur influence sur la Société à des fins égoïstes au préjudice de la Société ou de ses actionnaires (2).

2° Un autre trait distinctif de la loi de 1937 est la facilité qu'elle accorde au financement des sociétés par actions. Il faut signaler ici les actions privilégiées sans droit de

(1) Il faut bien se garder de croire qu'il y a toujours un *Konzern* où il y a des entreprises intéressées l'une à l'autre ; une société peut bien avoir des parts d'une autre et par conséquent profiter des clauses de protection précitées sans qu'il existe une direction économique commune au sens du § 15.

(2) Cf. HACHENBURG, note 136, pp. 166-67 ; 2° rapport KISSKALT, *AKZ* 1935, 256.

vote, §§ 115-117, qui, nous l'avons vu, permettent de réaliser une augmentation de capital tout en maintenant l'influence prépondérante des actionnaires primitifs ; l'augmentation conditionnelle du capital, c'est-à-dire l'augmentation au fur et à mesure de l'exercice de droits de souscription ou d'échange §§ 159-168, complément nécessaire des obligations convertibles et instrument très pratique de fusion ; le capital autorisé, §§ 169-173, c'est-à-dire, l'autorisation de la Direction à émettre d'actions nouvelles quand elle le juge utile ; enfin, — le pendant de l'augmentation et aussi importante qu'elle, surtout en cas d'assainissement, — la réduction simplifiée du capital, §§ 182-191, et la facilitation de la réduction ordinaire § 178.

Au contraire le § 174, qui porte sur les obligations convertibles et bénéficiaires ainsi que sur les droits de jouissance, n'est pas inspiré du même but. Cette dernière disposition ne facilite pas le financement, elle le rend au contraire plus difficile en soumettant l'émission de ces titres à des conditions nouvelles et assez gênantes (décision de l'Assemblée générale, agrément du Ministre, droit préférentiel des actionnaires). Ce paragraphe rentre plutôt dans le troisième groupe de réformes, celui qui a pour but de protéger les actionnaires contre les abus d'une administration trop puissante.

En revanche, il faut noter ici la généralisation de la possibilité de transformer la Société, §§ 257-287, la transformation étant le moyen pour adapter la forme de la Société à ses besoins financiers.

3° La loi de 1937 a augmenté les pouvoirs de la Direction et mis à sa disposition des facilités de financement inconnues du droit antérieur. Il n'y a donc plus aucune excuse pour les moyens détournés par lesquels la Direction cherchait trop souvent, sous le régime du Code de commerce, d'assurer son pouvoir et de tourner les règles trop rigides sur l'augmentation du capital. Le vote plural a été aboli (§ 12, al. 2, § 114, al. 2), au moins en principe ; il en est de même des actions de provision (§ 52, al. 1, § 114, al. 6) ; l'acquisition par la Société de ses propres actions

a été encore plus sévèrement interdite que d'après la réforme de 1931, §§ 65, 114, al. 6 ; le droit de vote des banques en vertu des actions qu'elles ont en dépôt a été gravement atteint par le § 114, al. 4, prescrivant une autorisation écrite donnée à une banque déterminée par le client dans un acte séparé toujours révocable et dont la validité ne peut dépasser 15 mois.

Aux pouvoirs accrus de l'administration correspondent des responsabilités et des devoirs de publicité nouveaux. C'est dans cet ordre d'idées que la responsabilité des directeurs et des membres du Conseil de Surveillance a été aggravée, §§ 84, al. 4 et 5 ; 99, que les actionnaires ont reçu un droit d'information, § 112, et que le rapport annuel est devenu encore plus détaillé, § 128, de même que la division du bilan et du compte de profits et pertes, §§ 131, 132. Le caractère obligatoire du contrôle du règlement de comptes annuel a été souligné, § 135, al. 1, prop. 2, les droits des contrôleurs garantis par l'institution d'une autorité judiciaire appelée à statuer sur leurs différends avec la Direction, § 135, al. 3 de la loi, et art. 10 du premier décret d'application, du 29 septembre 1937.

Pour éviter que des décisions importantes soient arrachées aux actionnaires par surprise, l'exigence d'une inscription préalable à l'ordre du jour de l'Assemblée générale, dûment publié conformément au § 108, al. 2, a été précisée dans le § 150, al. 1, prop. 2 (augmentation du capital avec apports en nature) et surtout dans le § 153, al. 4, — relatif au droit préférentiel de souscription, — qui prescrit en outre que ce droit ne peut être exclu qu'à une majorité des trois quarts du capital représenté, majorité qui désormais ne peut être qu'augmentée par les statuts.

4° Une dernière tendance générale de la loi est dirigée contre les nullités en matière de sociétés. Les nullités des délibérations de l'Assemblée générale et du règlement de comptes annuel aussi bien que celles de la Société tout entière ont été restreintes, de nouvelles possibilités de régularisation et de forclusion ont été prévues, §§ 196, 202,

al. 2, 216, al. 2 à 4. Le fait même que le règlement des comptes annuel sera désormais décidé, en règle générale, par la Direction et le Conseil de Surveillance, le met à l'abri de l'action en annulation d'un actionnaire pour une violation quelconque de la loi ou des statuts. En outre, toute action abusive en nullité ou en annulation risque d'entraîner des frais énormes, puisque le tribunal peut désormais fixer librement la valeur du litige d'après les circonstances et en tenant compte de l'intérêt de la Société, § 199, al. 6, et condamner le demandeur à des dommages-intérêts, non seulement en cas de dol, mais aussi en cas de faute lourde, § 200, al. 2.

409. — B. — Les réformes de principe se rattachent à trois idées directrices : la restriction de l'anonymat, l'augmentation du pouvoir de la Direction, le renforcement de l'influence de l'Etat et, d'une manière plus générale, de l'intérêt public.

1° La lutte contre l'anonymat a laissé ses traces dans les dispositions des §§ 6 et 7 fixant le capital social minimum à 500.000 RM, et le montant nominal minimum de l'action à 1.000 RM, enfin, dans le § 100 prescrivant l'indication sur les lettres de commerce des noms des membres de la Direction et du Président du Conseil de Surveillance. On peut citer ici également les §§ 75, al. 1, prop. 3 et 86, al. 2, prop. 1, qui interdisent qu'une personne morale soit Directeur ou Conseiller de Surveillance.

2° La Direction mène désormais la Société « sous sa propre responsabilité », § 70, al. 1, règle sans grande signification juridique, puisque les directeurs ne répondent pas des dettes de la Société, même en cas de faillite. La Direction ne peut plus être gênée dans l'administration par l'Assemblée générale, à laquelle il est désormais interdit de se mêler à la gestion, § 103, al. 2, et, en principe, l'Assemblée n'a même plus le droit de délibérer sur le bilan, § 125. En outre, la Direction ne peut plus être révoquée que par le Conseil de Surveillance et pour de justes motifs, § 75, al. 3. En réalité, ces dispositions ne font que consacrer la

déchéance consommée depuis longtemps dans la pratique de l'Assemblée générale. Elles n'ébranlent pas l'influence du Conseil de Surveillance ; au contraire, elles la renforcent plutôt à certains égards. Elles n'entraîneront donc pas de grands changements dans la vie des sociétés allemandes. Il n'en reste pas moins vrai que la suppression du droit de l'Assemblée d'approuver les comptes nous semble extrêmement dangereuse, ainsi que nous l'avons exposé à la fin du chapitre III.

La Direction profite en fait des clauses de protection qui lui permettent de ne pas répondre aux actionnaires dans l'Assemblée générale, § 112, al. 3 et de passer sous silence certains faits dans le rapport annuel, § 128, al. 3, en prétextant des intérêts supérieurs de la Société, d'une entreprise intéressée ou du Peuple et de l'Empire (1).

3° Le renforcement de l'influence de l'Etat sur la gestion des sociétés par actions est le point autour duquel on a fait le plus de bruit ; mais le texte de la loi n'en sait pas beaucoup. On n'a pas soumis la constitution des sociétés par actions au régime de l'autorisation, ni institué une surveillance permanente par un office tel qu'elle existe en matière d'assurance (2) et de banques (3). Seul le juge du

(1) Nous rappelons également le § 121, al. 3, prop. 2, aux termes duquel ne sont pas insérés au rapport des contrôleurs extraordinaires les faits révélés par la Direction aux contrôleurs avec la consigne de les garder secrets en raison d'un devoir de discrétion imposé à la Direction dans l'intérêt commun du Peuple et de l'Empire, et les faits dont la divulgation paraît aux contrôleurs mêmes contraire aux intérêts supérieurs de la Société, d'une entreprise intéressée ou du Peuple et de l'Empire ; et le § 138, al. 3, suivant lequel, tant que le bilan n'a pas encore été établi, la Direction peut refuser aux contrôleurs du règlement les informations et documents demandés, si les intérêts supérieurs de la Société ou d'une entreprise intéressée s'opposent à ces communications.

(2) Depuis la loi sur les entreprises privées d'assurances du 12 mai 1901 ; texte actuel : Loi sur la Surveillance des Entreprises privées d'assurances et des Caisses d'épargne en vue de constructions d'immeubles, du 6 juin 1931 (Bull. I, 315) modifiée par les Lois du 27 novembre 1934 (Bull. I, 1189) et du 5 mars 1937 (Bull. I, 269), et le deuxième décret d'application de la Loi sur les Sociétés par actions, du 19 novembre 1937 (Bull. I, 1300).

(3) Depuis la Loi de l'Empire sur les Entreprises de crédit, du 5 dé-

Registre du commerce a reçu un plus grand pouvoir de contrôle lors de l'immatriculation de la Société (§ 31) ou d'une augmentation du capital (§ 155) et la Direction a désormais la mission de veiller, non seulement sur le bien de l'entreprise, mais aussi sur celui du personnel et sur l'intérêt du Peuple et de l'Empire (§ 70), prescription dont la portée juridique est encore obscure. L'administration publique ne peut gagner d'influence sur la Société que si elle se rend actionnaire et se fait octroyer le droit de déléguer des membres dans le Conseil de Surveillance, droit dont la possibilité a été prévue à des fins de ce genre au § 88 de la loi.

Plus précises sont les dispositions de caractère social, savoir celles dirigées contre les rémunérations exagérées des membres de la Direction ou du Conseil de Surveillance. Les §§ 77, al. 3, 78 et 98, al. 4 sont assez détaillés et énergiques et viennent encore d'être complétés par l'art. III (§§ 8-17) du premier décret d'application, du 29 septembre 1937.

Au dernier paragraphe du chapitre précédent, nous avons enfin étudié les §§ 288 ss., relatifs à la dissolution par le Tribunal économique de l'Empire. Certes, ce texte est très général, puisqu'il prévoit la dissolution sans indemnité pour le seul motif que la Société est dangereuse au bien public, *notamment* — ce n'est donc même pas nécessaire — parce que ses administrateurs violent la loi ou simplement les principes d'une gestion consciencieuse. Toutefois, la procédure de la dissolution administrative reste assez compliquée et ne semble pas appelée à jouer dans l'avenir un rôle plus considérable que par le passé.

410. — La loi de 1937 ne mérite donc pas le reproche d'un étatisme excessif. Mais il n'en est pas moins vrai que l'influence de l'Etat sera à l'avenir beaucoup plus prononcée que jadis. Moins que jamais, les textes sont l'image

cembre 1934 (Bull. I, 1203), modifiée par la Loi du 13 décembre 1935 (Bull. I, 1456), avec quatre décrets d'application, complétés par des arrêtés, cf. sur toute cette législation, A. KOCH et W. ROEDER, *Das Recht der deutschen Bankwirtschaft*, Berlin, 1938.

véridique du droit vivant en Allemagne. Ce n'est pas la loi de 1937, c'est le caractère autoritaire et totalitaire du régime qui garantit à l'Etat et au parti national-socialiste la mainmise sur les sociétés. La loi même ne porte que quelques traces de cet état de choses : les clauses de protection et le pouvoir presque illimité du ministre compétent de régler par décret toute question comme bon lui semble et d'accorder des régimes de faveur à telle ou telle société.

Cette idée doit d'ailleurs à tout moment être présente à l'esprit, lorsqu'on étudie la loi sur les Sociétés par actions ou une autre loi allemande récente. Ces lois ne dépeignent pas la vie telle qu'elle est. La couleur qui en réalité est la plus vive s'efface sur la photographie qui est la loi, c'est-à-dire, la couleur du régime politique et économique qui pénètre tout et partout. L'étude des lois n'est pour cela pas sans valeur. Surtout, en ce qui concerne les questions de technique, elles sont parfois d'une grande perfection, modernes et bien préparées (fréquemment encore sous le régime de Weimar). La science du droit comparé peut en tirer grand profit en tant qu'elle analyse les différents systèmes scientifiques et légaux, les possibilités de régler et de résoudre les problèmes ; mais en tant que science de la vie juridique des peuples, elle ne doit pas trop se fier à ces textes. Les auteurs allemands affirment eux-mêmes cette incongruence entre les textes et le dynamisme de la vie allemande. En ce qui concerne spécialement le droit des sociétés par actions, le rapporteur général de l'Académie du Droit allemand, M. KISSKALT se félicite de la mesure toujours croissante de l'infiltration de l'esprit totalitaire dans la vie économique et dans la gestion des sociétés, tout en proclamant que cette évolution ne saurait être formulée en paragraphes (1).

411. — Ainsi, la législation allemande repose encore sur les bases jetées en 1861, 1870 et 1884, c'est-à-dire à

(1) KISSKALT, 1^{er} rapport général, *AkZ* 1934, 34.

une époque où le régime économique allemand n'était guère moins libéral que celui de la France, tandis que, bien entendu, à l'heure actuelle, la vie des sociétés allemandes est étroitement réglementée et dépourvue de véritable indépendance. Mais cela tient au régime d'économie dirigée instituée par le national-socialisme, et non pas au régime des sociétés tel qu'il résulte de la loi de 1937 et de ses décrets d'application. Les sociétés allemandes ne sont pas restreintes dans leur liberté par le ministre de la Justice et le juge du Registre du commerce, mais, de même que tous les autres individus et entreprises, par les ministres de l'Intérieur, de l'Economie nationale et autres agents du Plan de Quatre-Ans.

Il existe ainsi une sorte de distance entre le droit privé commercial et le droit public allemands. Distance ne signifie pas antagonisme. Ce qu'on peut appeler le classicisme de la loi allemande ne gêne pas du tout l'ingérence du gouvernement allemand et ne la gênerait même pas s'il n'y avait pas les nombreuses « autorisations » au profit du ou des ministres.

En effet, si un régime économique libéral ne peut vivre sans droit civil et commercial garantissant les institutions de la propriété privée, de la liberté des conventions, etc., un tel système de règles juridiques n'empêche pas pour cela un régime autoritaire et totalitaire d'économie dirigée. Le droit public peut enlever au droit privé toute ou presque toute portée économique. Il en est ainsi dans une large mesure en Allemagne. Mais, ainsi que nous l'avons déjà exposé au début de ce livre, l'intérêt, tant sociologique que juridique de la nouvelle législation allemande, n'est de ce fait que plus considérable.

APPENDICE

LA CONCEPTION ALLEMANDE DE LA NATIONALITÉ ET DES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS

412. — En Allemagne, les règles qui régissent l'application, dans le temps et dans l'espace, d'un code ou d'une grande loi, sont insérées d'habitude dans une loi spéciale dite d'introduction. Or, la loi d'introduction de la Loi sur les Sociétés par actions contient tout un système de règles de transition, mais elle s'abstient de toute prescription de droit international privé. La Loi même ne fait qu'une seule allusion à cette matière : Le § 37 sur les succursales allemandes de sociétés étrangères soumet la déclaration de ces succursales au Registre du commerce à certaines dispositions allemandes « dans la mesure où la loi étrangère ne rend pas nécessaire une dérogation ».

Ce texte rend au moins probable qu'on n'a pas voulu toucher à la jurisprudence en cette matière bien qu'on ait préféré de ne pas légiférer sur ce point. Les raisons de cette abstinence sont d'ailleurs assez obscures. Le commentaire officieux de M. SCHLEGELBERGER prétend que les problèmes du droit international privé ne peuvent être résolus par la seule loi allemande (1) ; mais le droit international privé est malgré son nom une partie du droit national, et si son but final, savoir l'unification des décisions dans les différents Etats, ne peut être atteint qu'à l'aide de conven-

(1) SCHLEGELBERGER, QUASSOWSKI, *Commentaire*, § 5, note 10, p. 120.

tions internationales sur la loi applicable, il n'en est pas moins vrai que ces conventions sont plutôt facilitées par des textes nationaux bien précis.

413. — Le droit allemand en la matière se distingue assez profondément du droit français. De même que la loi française, la loi allemande connaît la distinction entre sociétés nationales et sociétés étrangères (1), et elle applique également le principe de la nationalité aux sociétés, en ce sens que les sociétés sont soumises, sous réserve de l'ordre public, aux lois de leur « patrie ».

Mais il n'y a pas en Allemagne une loi telle que la loi française du 30 mai 1857 soumettant la reconnaissance des sociétés anonymes étrangères à un décret spécial ou à un traité international. Toute société par actions jouissant de la personnalité civile dans son pays national en jouit également en Allemagne (2).

Seule une règle d'ordre administratif (§ 292 de la loi) prescrit qu'une société par actions ou en commandite par actions étrangère doit avoir l'autorisation du ministre de l'Economie nationale pour ouvrir un établissement commercial en Allemagne. Ce § 292 se substitue aux différents règlements des pays allemands (3). Le § 27 de la loi d'introduction étend la règle du § 292 à toutes les personnes morales étrangères, en modifiant le § 12, al. 1 de la loi de l'Empire réglant l'exercice des métiers, du 21 juin 1869 (*Gewerbeordnung*), qui jusqu'ici gouvernait la matière, mais renvoyait simplement aux lois des pays. Les sociétés étrangères fonctionnant en Allemagne conformément aux lois antérieures sont dispensées du § 292 (§§ 16, 27, al. 2, loi d'introduction). Le § 292 ne jouera que dans les rares

(1) Le § 292 de la Loi parle de l'admission de « sociétés étrangères ».

(2) V. récemment Trib. d'Emp., 29 octobre 1938, *JW* 1939, 110, n° 33.

(3) Le § 18 de la Loi prussienne réglant l'exercice des métiers du 17 janvier 1845-22 juin 1861 exigeait l'autorisation ministérielle, de même que la plupart des autres pays ; toutefois, l'art. 2 de la loi badoise du 21 décembre 1871 assimilait les personnes morales étrangères aux allemandes.

cas où une société étrangère fonde une succursale en Allemagne ; la société étrangère préférera en général de faire constituer une société filiale allemande (1).

414. — En ce qui concerne la détermination de la nationalité des sociétés, la France a abandonné pendant la guerre la théorie du siège social. Elle ne l'a pas complètement rétablie après. La Cour de cassation distingue en effet ce qu'elle appelle la nationalité dans le domaine du droit privé, déterminée par le siège, d'une part, et la nationalité dans le domaine du droit public, établie à l'aide des critères de la théorie du contrôle, d'autre part, distinction dont la portée est d'ailleurs encore mal éclairée (2). La jurisprudence allemande est toujours restée fidèle à la théorie du siège social, non seulement pour fixer la loi applicable, mais aussi dans les cas où il s'agissait de savoir si la Société pouvait profiter de certains avantages réservés aux sociétés allemandes.

Encore récemment, déjà sous le régime national-socialiste, un arrêt a reconnu la nationalité allemande à une société à responsabilité limitée dont toutes les parts appartenaient à un étranger domicilié à l'étranger et étant en même temps l'unique gérant de la société. « La nationalité des associés est sans influence, de même que la nationalité des gérants. Peu importe que le centre administratif se trouve en réalité à l'étranger ; une société constituée comme société de droit allemand avec siège statutaire en

(1) Les traités internationaux sont réservés, § 292, prop. 2, mais il n'en existe aucun sur la matière ; en particulier, la Convention franco-allemande du 20 juillet 1934 (*J. O.* 31 juillet 1934) ne permet que des mesures de rétorsion et s'oppose aux traitements d'exception et aux refus d'autorisation fondés uniquement sur des raisons de concurrence économique, v. NADELMAN, *J. Soc.*, 1937,250 ; BEITZKE, *Chunet*, 1937, 1001.

(2) Req. 12 mai 1931, Soc. Remington, 1932,1,57, note NIBOYET ; Civ., 25 juillet 1932, Rozendael, S. 1935.1.41, note NIBOYET, les deux aussi D. P. 1936.1.121, note SILZ ; Civ., 29 mai 1937, Soc. Oswald, *Nouv. Rev. Dr. int. pr.*, 1937,603. Cf. NIBOYET, *Traité de Droit international privé français II*, 1938, n°s 761-774, pp. 268-292 ; mais *contra* Req., 20 janvier 1936, C^{ie} des Chemins de fer de Porto-Rico, D. H. 1936,113 ; MAURY, *Rev. crit. législ. jurispr.*, 1938, pp. 46 ss., n° 32-34.

Allemagne et inscrite au Registre du commerce allemand a nécessairement un siège et la nationalité allemands » (1). Cette espèce est d'autant plus instructive que le droit et l'intérêt publics étaient en jeu. En effet, la Société poursuivait l'Etat de Prusse pour faute de service d'un fonctionnaire ; or, le § 7 de la Loi prussienne sur la responsabilité de l'Etat, du 1^{er} août 1909, ne substitue la responsabilité de l'Etat à celle du fonctionnaire qu'en faveur des Allemands. On voit que le Tribunal d'Empire ne recule devant aucune conséquence de la théorie du siège social. Il est vrai qu'elle ne l'applique qu'aux sociétés de capitaux, les sociétés de personnes n'étant pas considérées en Allemagne comme personnes morales.

415. — Même dans le domaine des conflits de lois, où le jurisprudence française, elle aussi, applique la théorie du siège social, l'harmonie entre le droit français et le droit allemand n'est pas complète. Cette théorie est appliquée différemment ici et là. La Cour de cassation a toujours réservé au juge de fait un droit de regard sur la véracité du siège statutaire. Le siège administratif réel est décisif, l'indication des statuts ne fournit qu'une présomption (2). La théorie du siège est donc considérée comme une exception au principe de l'autonomie de la volonté, qui régit en général la matière des contrats en droit international privé. Au contraire, en Allemagne, la théorie du siège n'est que l'application au contrat de société créateur d'une personne morale, de la théorie de l'autonomie de la volonté. Le choix du siège statutaire est la forme dans laquelle se fait en droit des sociétés l'élection de la loi applicable. Comme il résulte de l'arrêt du 10 juillet 1934

(1) Trib. d'Emp., 10 juillet 1934, *JW* 1934, 2969, n° 1 ; *Nouv. Rev. Dr. int. pr.*, 1935, 87. Le transfert du siège à l'étranger et le changement de nationalité ne sont pas plus permis qu'en France (art. 31, al. 1, prop. 2, L. 1867, texte de 1930), v. *supra*, p. 303.

(2) V. NIBOYET, *Traité*, II, n° 758, p. 265 ; cf. l'arrêt récent en matière fiscale : Req., 17 juillet 1935, S. 1936, 141, note E. P. ; *Giurisprudenza comparata, Diritto commerciale*, etc., II, Rome, 1938, p. 5, n° 2 notes G. LAGARDE, B. SCORZA.

précité, la nationalité dépend donc uniquement du siège statutaire (1).

416. — Il est vrai que le § 5 de la Loi de 1937 a mis des bornes à l'arbitraire des fondateurs, en prescrivant qu'en règle générale, le siège doit être fixé soit au lieu où la société a un établissement, soit au lieu où se trouve la direction des affaires ou l'administration. Cette règle donne au juge le pouvoir de refuser l'immatriculation d'une société avec un siège fantaisiste. Bien qu'il s'agisse ici d'une règle de droit interne dirigée contre les fondateurs qui, pour obtenir l'immatriculation d'une société irrégulière, choisissent comme siège une ville peu importante où le juge du Registre n'a pas la même expérience que dans les centres commerciaux, elle aura certes des répercussions en droit international. Une société ne peut avoir un siège au sens du droit interne, et un autre — dans un autre pays ! — au sens du droit international privé.

En effet, ne peuvent être inscrites au Registre du commerce allemand que les sociétés constituées et fonctionnant selon la loi allemande ; or, une société ne peut naître comme société allemande, par immatriculation au Registre du commerce allemand, que si elle a un siège en Allemagne au sens du § 5. Mais cette restriction de la liberté des parties ne dépasse pas les limites tracées en général à l'autonomie de la volonté dans le droit international des contrats. La jurisprudence allemande exige toujours que la législation choisie ne soit pas absolument sans rapport avec les données du contrat (2). D'ailleurs, si une fois la Société a été inscrite au Registre allemand, à tort ou à

(1) Ledit arrêt du Trib. d'Emp. a été vivement critiqué en Allemagne, p. ex. par CRISOLLI, *Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 1934, p. 1157. Sur les rapports de cette jurisprudence avec la théorie de l'autonomie de la volonté, v. G. BEITZKE, *Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht*, Munich et Berlin, 1938, p. 88, et nos observations à propos de ce livre, *Nouv. Rev. Dr. int. pr.*, 1938, 486 (488).

(2) Trib. d'Emp., 28 mai 1936, *JW* 1936, 2058, n° 1 ; *Nouv. Rev. Dr. Int. Pr.*, 1936, 353.

raison, la nationalité allemande est acquise ; même si l'on admet qu'au cas où le siège statutaire n'est pas conforme au § 5 de la Loi ou cesse de l'être, la Société peut être annulée d'après le § 216 de la Loi, la Société annulable n'en est pas moins une société allemande qui doit être liquidée conformément aux dispositions allemandes.

NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE

417. — La publication de la Loi de 1937 a été suivie d'une vogue d'articles de revues, de commentaires et d'autres ouvrages. Mais la valeur scientifique de cette littérature est fort inégale. Un grand nombre de ces publications servent seulement à la première introduction dans la législation nouvelle ou à des questions d'une portée pratique immédiate, surtout à l'adaptation des statuts aux prescriptions de la Loi (1). Deux ans après sa promulgation, il est déjà impossible de donner une bibliographie complète de la littérature qui lui a été consacrée. Ce serait d'ailleurs sans grande utilité. Il faut plutôt un guide qui permette l'orientation.

418. — Dans un Etat totalitaire où les lois naissent de délibérations secrètes du conseil des ministres, l'interprétation scientifique souffre de l'absence des travaux préparatoires. Pour parer à cet inconvénient, le gouvernement allemand publie très souvent en même temps qu'une loi un commentaire officiel ou les motifs officiels. Ainsi fut fait lors de la promulgation de la Loi sur les Société par actions, L'exposé des motifs officiels, rédigé dans le Ministère de la Justice pour servir de base à la délibération du Cabinet, n'a cependant pas force de loi. D'une grande autorité quand ils indiquent le but de telle ou telle dispo-

(1) V. les brochures de H. DIETRICH, éd. Moeser, Leipzig, 1937 ; de W. SCHMIDT, éd. de Gruyter, Berlin, 1937 ; de MÖHRING et SCHWARTZ, éd. Vahlen, Berlin, 1938, toutes consacrées à l'adaptation des statuts à la législation nouvelle.

sition, les « Motifs » n'expriment que l'opinion personnelle des rédacteurs dès qu'ils dépassent ce cadre. Ils sont donc comparables aux rapports ministériels précédant souvent en France la publication des décrets-lois dans le *Journal Officiel*.

419. — Les « Motifs » sont reproduits dans beaucoup d'éditions de la Loi. Parmi ces éditions, celles de M. MATTHES (éd. Vahlen, Berlin) et encore plus celle de M. le professeur KLAUSING (éd. Heymann, Berlin) se distinguent par des introductions très instructives. Les bonnes éditions de la Loi contiennent en dehors de son texte et de celui de la Loi d'introduction et des trois décrets d'application une table comparative des dispositions abrogées du Code de commerce et des dispositions de la nouvelle loi, ainsi que des tables alphabétiques et parfois des textes annexes.

420. — Ces livres ne sont quand même que des recueils de textes. Les œuvres de doctrine proprement dites ont en Allemagne de préférence la forme du code annoté, ce qu'on appelle en Allemagne un « commentaire ». Cette forme est adaptée à l'habitude des praticiens de consulter d'abord le texte de la loi, base de tout raisonnement juridique. Le format de ces commentaires est aussi varié qu'en France le format des œuvres systématiques. On peut distinguer les commentaires-précis et les commentaires-manuels (*Taschenkommentar* et *Handkommentar*).

421. — Le commentaire-précis met sous l'œil du lecteur la jurisprudence la plus importante à propos de chaque phrase de la loi et signale brièvement les rapports avec d'autres dispositions et lois, ainsi que les difficultés d'interprétation les plus importantes. Il y en a deux sur la Loi du 30 janvier 1937 qui ont trouvé une très bon accueil par la critique, celui de M. BAUMBACH (éd. Beck, Munich et Berlin), et celui de MM. FREIHERR VON GODIN et WILHELM (éd. de Gruyter, Berlin). Ce dernier se rapproche déjà du commentaire-manuel.

422. — Le commentaire-manuel diffère du commentaire-précis non seulement par son volume, mais aussi par sa méthode. A l'annotation mot par mot, il substitue la méthode utilisée pour la première fois par STAUB dans la première édition de son grand commentaire du Code de commerce et qui consiste à faire suivre chaque article de la loi d'un exposé systématique des problèmes soulevés par le texte. C'est ainsi que sont rédigés les grands commentaires du Code civil, du Code de commerce, etc..., à l'exception toutefois du commentaire du Code civil dit « *de Conseil-lers au Tribunal d'Empire* » qui veut plutôt reproduire la jurisprudence que l'opinion personnelle des auteurs.

Le plus important des grands commentaires de la Loi du 30 janvier 1937 est celui de MM. SCHLEGELBERGER et QUASSOWSKI avec la collaboration de MM. HERBIG, GESSLER et HEFERMEHL. Ce commentaire a un caractère officieux, car ses auteurs sont les auteurs de la Loi. Contrairement à l'usage, on n'a pas indiqué comment les collaborateurs se sont réparti le travail, pour marquer ainsi que tous répondent solidairement de tout. Mais malgré le plus grand effort d'harmoniser les différentes parties, il y a des contradictions telles qu'elles sont inévitables dans un travail collectif. Ce fait révèle déjà que le commentaire ne saurait être considéré comme équivalent à la Loi. Il a été l'objet de comptes rendus assez critiques (1). Mais il n'est pas douteux que cette œuvre de 1165 pages écrites dans un langage clair et avec une connaissance parfaite de toutes les questions aura une influence considérable sur la jurisprudence.

Un autre grand commentaire de taille plus réduite a pour auteurs les MM. TEICHMANN et KÖHLER (comme celui de Schlegelberger et Quassowski, édité par la maison Vahlen à Berlin). Un troisième vient de paraître, de la plume de MM. C. et J. RITTER (éd. Schweitzer à Berlin). Enfin, on

(1) Par M. KIESOW, ci-devant Président de la première Chambre civile du Trib. d'Emp., *DJ* 1937, 1824, par M. VON BRESKA, membre de l'Académie du Droit allemand, BA XXXVII, 1. La parution d'une nouvelle (la 3^e) édition de l'œuvre vient d'être annoncée.

annonce un quatrième de MM. GADOW, HEINICHEN, WEIPERT, E. SCHMIDT et W. SCHMIDT, qui doit compléter la 14^e édition du Commentaire du Code de commerce fondé par STAUB, cette édition ne comprenant pas le droit des sociétés par actions dont on prévoyait la modification imminente (éd. de Gruyter, Berlin).

423. — Dans quelle mesure les ouvrages sur le droit du Code de commerce sont-ils encore utilisables ? La plupart étaient déjà périmés avant la Loi de 1937, parce qu'ils étaient antérieurs à la réforme de 1931. Il en est ainsi même de l'œuvre de K. WIELAND, seul grand traité du droit commercial paru en langue allemande après la guerre ; ce traité expose d'ailleurs en première ligne le droit suisse, ce qui n'a pas empêché qu'en raison de ses hautes qualités il exerce une grande influence sur la doctrine allemande (1).

Parmi les traités élémentaires remarquables, celui de M. MÜLLER-ERZBACH est vieux de plus de dix ans. Seul celui de M. J. VON GIERKE est assez récent, sa dernière édition date de 1933 (2).

424. — En ce qui concerne les grands commentaires, c'est dans la 12^e et 13^e édition, parue en 1926, que le droit des sociétés par actions fut pour la dernière fois traité dans le commentaire fondé par STAUB. Les mérites de ce travail dû à A. PINNER n'ont pas empêché que l'œuvre a vieilli et que seul le supplément paru en 1932 à propos de la réforme de 1931 peut être considéré comme suffisamment à jour. On doit dire le même du commentaire, spécialement consacré au droit des sociétés par actions, de BRODMANN, ancien conseiller au Tribunal d'Empire, paru en 1928. Il n'en est pas ainsi dans la même mesure du grand com-

(1) KARL WIELAND, *Handelsrecht*, vol. 1, *Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften*, Munich, 1922 ; vol. II, *Die Kapitalgesellschaften*, Munich, 1931.

(2) MULLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, 2^e et 3^e éd., Tubingen, éd. Mohr 1928 ; JULIUS VON GIERKE, *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, 4^e éd., Berlin, éd. de Gruyter, 1933 ; une 5^e édition a commencé à paraître en 1938.

mentaire du Code de commerce allemand fondé par DÜRINGER et HACHENBURG ; la 3^e édition de cette œuvre standard, avec des collaborateurs de choix, était en train de paraître lors de l'avènement du national-socialisme. En 1934, la continuation fut rendue impossible par les circonstances politiques et la proscription, à cause de leur race, de quelques-uns des principaux collaborateurs. Précisément le droit des sociétés par actions est resté incomplet. Mais les parties qui ont paru, écrites par les MM. BING, FLECHTHEIM, HACHENBURG et J. LEHMANN, seront étudiées avec profit, encore à l'heure actuelle. L'introduction générale de M. HACHENBURG sur « La Société par actions dans la Vie économique » (vol. III, 1^{re} livraison, 1932, p. 3 à 192 : *Die Aktiengesellschaft im Leben der Wirtschaft*) n'a pas d'égal dans la littérature juridique allemande.

425. — La Loi du 30 janvier 1937 a trouvé beaucoup d'intérêt en dehors de l'Allemagne. Certaines revues ont publié des dissertations très instructives précisément du point de vue du droit comparé. Sans prétendre être complet, nous signalons : en langue allemande : l'article de M. BONDI : « De la Réforme du Droit des Sociétés par Actions en Allemagne et en Suisse », *Juristische Blätter*, Wien, 1937, 338 ; en langue anglaise : F. A. MANN, *The New German Company Law and its Background*, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1937, 220 ; en langue italienne : R. GOLDSCHMIDT, *Il nuovo Diritto delle Società anonime in Germania*, *Rivista italiana di Scienze commerciali*, 1937, n° 3, enfin, en langue française : Quelques indications assez sommaires par M. NADELMANN, *Annales de Droit commercial*, 1936, pp. 263-266, de petits articles de G. DIETZ, *Journal du Droit international*, 1937, 265 ; A. PLATZ, *Bulletin de l'Institut juridique international*, XXXVII, 2, octobre 1937, p. 197 ; une communication de M^e BAUDOUIN-BUGNET à la Société de Législation comparée, publiée dans le *Bulletin* de celle-ci, 1938, p. 8 ss. et un article du même, *Rev. gén. Dr. com.*, 1938, pp. 415-432 ; tout dernièrement, M^e BAUDOUIN-BUGNET a fait paraître sous le

titre « *Les Sociétés par actions en Allemagne* », Paris, 1939, une traduction complète de la Loi avec annotations, précédée d'une introduction.

426. — Les projets de 1930 et 1931 et les discussions auxquelles ils ont donné lieu ont été exposés par M. A. PERCEROU, dans une partie de son livre *Lois actuelles et Projets récents en matière de Sociétés par Actions*, thèse, Paris, 1932. Plus approfondie est l'étude de M. GOLDSCHMIDT, *Recenti Tendenze nel diritto della Società anonima*, Florence, 1935, consacrée notamment à tous les aspects de la théorie de « l'entreprise en soi », dans les doctrines allemande, française et italienne. A ce même auteur, nous devons un excellent petit ouvrage sur le nouveau droit suisse des sociétés anonymes, *Grundfragen des neuen Schweizer Aktienrechts*, St. Gall, 1937, très instructif aussi pour le droit allemand par les pénétrantes analyses étayées sur une solide documentation de droit comparé qui tient particulièrement compte des projets allemands, et par un appendice consacré tout spécialement à la loi de 1937.

427. — Voilà les travaux qu'on peut consulter sur la loi du 30 janvier 1937. Inutile d'énumérer quelques monographies ou articles, ils ont été cités dans les chapitres de ce livre relatifs aux problèmes qu'ils concernent. Le lecteur français cherchera en vain dans la littérature allemande un ouvrage d'ensemble en forme de traité. Il n'y en a pas, et il est peu probable qu'il y en aura bientôt. Les praticiens préfèrent les commentaires, et les étudiants les petits précis sommaires (1). Les grands commentaires rendent d'ailleurs réellement superflus les traités ; ils ne se bornent jamais à une simple énumération des décisions et opinions, comme le font souvent les codes annotés en France, mais ils essaient toujours d'approfondir les questions et de faire

(1) Le meilleur est celui de M. W. LUDEWIG, *Deutsches Aktienrecht, Handbuch für die Praxis* (Le Droit allemand des Sociétés par actions, Manuel pour la pratique), Karlsruhe, éd. G. Braun, 1938, un précis de 93 pages, suivi d'un recueil de textes.

œuvre de synthèse. La forme du commentaire a quand même ses inconvénients. Notamment, on doit déjà connaître très bien, non seulement la loi, mais aussi le droit antérieur et les méthodes des commentateurs pour trouver ce qu'on cherche. Les questions qui ne sont pas expressément réglées dans la loi, — et se sont très souvent celles sur lesquelles on a le plus besoin d'être éclairé, — sont rattachées d'une manière plus ou moins arbitraire à tel ou tel paragraphe. Les juristes allemands qui en ont l'habitude n'en souffrent pas beaucoup. Mais les juristes non allemands qui s'intéressent à la loi du 30 janvier 1937 ne sont pas dans la même situation. Nous serions heureux si ce livre-ci pouvait à leurs yeux combler cette lacune.

VU : *Le Doyen,*
GEORGES RIPERT.

VU : *Le Président de la Thèse,*
JOSEPH HAMEL,

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
G. ROUSSY.

ABRÉVIATIONS

428. — Les livres énumérés dans la notice bibliographique sont cités par les seuls noms de leurs auteurs ou des collaborateurs responsables du passage visé. Les traités et revues français sont cités de la manière usuelle en France. La liste suivante ne se rapporte donc qu'aux périodiques allemands :

AkZ	<i>Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht</i> (bi-hebdomadaire, organe de l'Académie du Droit allemand).
B. A.	<i>Bank-Archiv</i> (hebdomadaire consacré au droit bancaire).
Bull.	<i>Bulletin des Lois d'Empire</i> = <i>Reichsgesetzblatt</i> .
Bull. des Lois	
DJ	<i>Deutsche Justiz</i> (hebdomadaire, organe du Ministère de la Justice).
DJZ	<i>Deutsche Juristenzeitung</i> (bi-hebdomadaire, n'existe plus depuis fin 1936).
Dogm. J.	<i>Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts</i> (revue de droit civil).
D.R.	<i>Deutsches Recht</i> (bi-hebdomadaire, organe des juristes nationaux-socialistes).
JW	<i>Juristische Wochenschrift</i> (hebdomadaire, organe des avocats allemands).
RGZ	<i>Recueil officiel des décisions du Tribunal d'Empire en matière civile</i> = <i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen</i> .

Soz. Pr.	<i>Soziale Praxis</i> (bi-hebdomadaire consacré au droit des sociétés, sous la direction de M. Schlegelberger).
ZHR	<i>Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht</i> (revue de droit commercial).
Ziv. Arch.	<i>Archiv für die zivilistische Praxis</i> (revue de droit civil).

L'abréviation Trib. d'Emp. signifie Tribunal d'Empire = Reichsgericht, c'est-à-dire, la Cour suprême allemande.

Les articles et décisions étant parfois très longs, nous avons mis entre parenthèses les pages où se trouve le passage visé (p. ex. Trib. d'Emp., 16 septembre 1927, RGZ 118, 67 (71) signifie : arrêt du Tribunal d'Empire du 16 septembre 1927 publié dans le Recueil officiel, vol. 118, à partir de la p. 67, le passage visé se trouve à la p. 71).

Ce livre ayant été achevé le 28 février 1939, le dernier volume du Recueil officiel des décisions du Tribunal d'Empire, cité est le vol. 159, qui contient les décisions des derniers mois de 1938.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION. — L'HISTOIRE ET L'ESPRIT DE LA LOI DE 1937	5
Remarques préliminaires : 1. La définition officielle de la Loi de 1937. — 2. Son intérêt sociologique. — 3. Ses rapports avec les théories nationales-socialistes. — 4. Son intérêt juridique — 5. La valeur de la méthode comparative en droit des sociétés. — 6. Nécessité d'une rétrospective historique.	
I. — L'Evolution du Droit allemand des Sociétés par Actions	7
§ 1. — Du Code de 1861 au Code de 1897	7
7. L'origine et l'importance du Code de 1861. — 8. Sa réglementation des sociétés par actions. — 9. La réforme de 1870. — 10. La réforme de 1884. — 11. Le Code de 1897. — 12. En particulier en matière de sociétés en commandite par actions. — 13. Comparaison avec l'évolution française.	
§ 2. — De la Grande Guerre jusqu'à l'avènement du régime national-socialiste	12
14. Les mesures de guerre. — 15. Le décret du 24 mai 1917. — 16. Les trois périodes d'après-guerre. — 17. La théorie de l'entreprise en soi. — 18. L'influence de W. RATHENAU, sur	

l'évolution du droit allemand des sociétés : l'idée de la société anonyme, entreprise d'utilité publique. — 19. L'idée de la suppression des petites actions et de la Direction gardienne des intérêts de la Société. — 20. RATHENAU et la théorie de l'abus du droit. — 21. L'inflation : les actions à vote plural. — 22. Les actions de provision. — 23. La stabilisation monétaire et l'inflation de crédit, l'attraction des droits anglo-saxons (<i>convertible bonds</i> , capital autorisé et conditionnel, actions sans droit de vote). — 24. Concentration économique. — 25. Influence des banques. — 26. La crise. — 27. Les travaux de réforme depuis 1926. — 28. La réforme du 19 septembre 1931. — 29. Le décret du 6 octobre 1931 (réduction simplifiée du capital). — 30. Le caractère technique des réformes jusqu'à 1933 et le caractère politique des réformes nationales-socialistes.	
§ 3. — L'élaboration de la Loi de 1937	29
31. L'hostilité du national-socialisme envers les sociétés par actions. — 32. L'expression de cette hostilité dans les travaux préparatoires de la Loi de 1937. — 33. L'idée du chef et l'idée de la restriction de l'anonymat avancées par l'Académie du Droit allemand. — 34. La résistance des intéressés et le discours de M. Schacht. — 35. Les travaux au Ministère de la Justice.	
II. — La Loi du 30 janvier 1937	33
§ 1. — Sa présentation extérieure	33
36. Publication. — 37. Division. — 38. Langage. — 39. Style. — 40. Caractère détaillé.	
§ 2. — Son caractère impératif	35

41. Le principe. — 42. Comparaison avec le droit français. — 43. Tempéraments. — 44. Le renvoi aux statuts. — 45. Le renvoi au Ministre. — 46. Les décrets d'application. — 46 *bis*. Ce sont des « décrets » et non pas des « ordonnances ». — 47. Les dispenses ministérielles. — 48. Les clauses de protection.

§ 3. — Les rapports de la Loi avec le Code civil, le Code de commerce et la Loi sur la Juridiction Gracieuse 43

49. L'indépendance extérieure de la Loi n'empêche pas qu'elle soit une loi de droit privé commercial. — 50. Influence du Code civil allemand sur la terminologie. — 51. Influence sur le fond. — 52. Remarques sur les vices de consentement. — 53. Importance capitale de la Loi sur la Juridiction Gracieuse.

§ 4. — Les dispositions intéressant les Sociétés par Actions en dehors de la Loi de 1937 45

54. La Loi de 1937 n'englobe pas tout le droit des sociétés anonymes. — 55. Les règles du Code civil sur les associations applicables en matière de sociétés anonymes. — 56. La loi sur la faillite et la loi sur le concordat préventif. — 57. La Loi sur les Stocks d'Emprunt. — 58. La Loi sur la Transformation des Sociétés de Capitaux. — 59. La Loi sur la Radiation du 9 octobre 1934. — 60. Rappel du rôle des décrets d'application.

CHAPITRE PREMIER. — LES CARACTERES ESSENTIELS DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS 51

§ 1. — La société par actions est une société 51

61. Le terme société a en Allemagne un autre sens qu'en France. — 62. Les différences entre la société et l'association d'après l'école romaniste et d'après l'école germaniste. — 63. Les critères distinctifs. — 64. La portée de la classification de la société par actions. — 65. La solution de la Loi. — 66. La question du lien entre les associés. — 67. La notion de société et la théorie de l'abus de droit. — 68. L'extension de la notion de société. — 69. Valeur relative de ces questions terminologiques. — 70. Comparaison avec la théorie française de l'institution, la théorie de l'acte-union.

§ 2. — La société par actions est une personne morale ... 59

71. Le rejet formel des suggestions tendant à abolir ou à limiter la personnalité morale des sociétés. — 72. La capacité des sociétés allemandes est plus étendue que celle des sociétés françaises. — 73. La portée en Allemagne de l'énonciation de l'objet de la société.

§ 3. — La société par actions est une société de capitaux.. 60

74. L'irresponsabilité personnelle des actionnaires est plus radicale en Allemagne qu'en France. — 75. Cas exceptionnels où les actionnaires peuvent directement ou indirectement être contraints à des prestations accessoires ou supplémentaires. — 76. Le principe de la souscription intégrale et de la fixité du capital social. — 77. Quelques différences du droit français (pas de société à capital variable, pas d'actions de jouissance).

§ 4. — La société par actions est une société dont les membres ont droit à l'incorporation de leur qualité dans un titre négociable (l'action) 63

78. Le droit de l'actionnaire à un titre négociable. — 79. Les certificats provisoires. — 80. Les actions d'apport. — 81. La forme des actions : actions au porteur et actions au nom. — 82. En particulier, l'action au nom : elle n'est pas un titre nominatif mais à ordre. — 83. Ressemblances avec le droit français : a) Immatriculation du titulaire. — 84. b) Possibilité de la clause d'agrément. — 85. L'inopposabilité des exceptions. — 86. Entorses à ce principe provenant du caractère déclaratoire du titre. — 87. Entorses provenant du caractère social du droit incorporé. — 88. Perte ou vol du titre, procédure de sommation publique. — 89. Annulation des titres devenus inexacts.

§ 5. — La société par actions est une société fortement organisée et contrôlée, astreinte à une publicité très étendue. Le problème des « Konzerns » 73

90. Les grandes lignes de l'organisation de la société par actions. — 91. En particulier la tendance de la loi allemande de ne reconnaître aucun droit à l'actionnaire individuel. — 92. Contre-partie de cette tendance : droit minoritaire, contrôle et publicité. — 93. Le problème des *Konzerns*. — 94. Vue d'ensemble des dispositions légales sur les *Konzerns*.

§ 6. — La société par actions est une société d'égaux 78

95. Signification et base légale du principe d'égalité. — 96. Insuffisance des textes. — 97. Le principe d'égalité et la doctrine de l'abus de droit. — 98. Sa force obligatoire vis-à-vis de la Direction et de l'Assemblée générale. — 99. La suppression du vote plural au § 12 de la Loi. — 100. La réforme complémentaire du

	PAGES
décret du 21 décembre 1938. — 101. Le droit de délégation du § 88.	
§ 7. — La société par actions est une société commerciale	84
102. — La société par actions est commerçante, même si elle a un but désintéressé. — 103. Ses actes sont des actes de commerce (comparaison avec le droit français).	
§ 8. — La société par actions est une société anonyme ..	86
104. La raison sociale de la société par actions. — 105. L'énonciation des personnes physiques qui sont à la tête de la société dans les lettres d'affaires. — 106. Dans les documents comptables, sanctions.	
§ 9. — La société par actions est une grande société de moyens et grands capitalistes	88
107. Les raisons de l'antipathie du législateur allemand contre les sociétés anonymes. — 108. Le capital social minimum. — 109. Le taux minimum de l'action. — 110. Règles accessoires de fractionnement. — 111. Sanctions.	
§ 10. — La société par actions est une société particulièrement protégée par la loi	93
112. La corruption des administrateurs, danger principal qui menace les sociétés anonymes. — 113. Insuffisance du droit commun allemand à cet égard. — 114. L'origine du § 101 de la Loi. — 115. Son texte définitif. — 116. Son caractère général. — 117. Ses réserves. — 118. L'action directe qu'il donne aux créanciers et actionnaires contre les administrateurs. — 119. Appréciation critique.	

CHAPITRE II. — LE CAPITAL SOCIAL 101

§ 1. — La réunion du capital social et la constitution
de la Société..... 101a) *La confection des statuts* 101

120. — En droit allemand, les fondateurs doivent être actionnaires. — 121. Nombre minimum des fondateurs ; forme des statuts. — 123. Clauses nécessaires des statuts.

b) *La constitution simultanée jusqu'à l'immatriculation* 104

123. La constitution simultanée, qui existe presque seule en pratique, est favorisée par la Loi. — 124. La « fondation » et les premiers administrateurs. — 125. Le rapport des fondateurs. — 126. Le contrôle par les administrateurs. — 127. L'appel des premiers fonds. — 128. La déclaration au registre.

c) *La constitution par étapes* 108

129. Intérêt plutôt théorique de cette forme de constitutions. — 130. La souscription des actions. — 131. La première assemblée constitutive. — 132. La deuxième assemblée constitutive. — 133. Comparaison avec le droit français.

d) *Le contrôle judiciaire et la portée générale de l'immatriculation au Registre du Commerce* 113

134. Le droit de vérification du juge. — 135. En particulier en matière d'apports en nature et de reprises de biens. — 136. Les faits créateurs de l'immatriculation.

e) *Les effets particuliers de l'immatriculation: 1° L'immatriculation crée la Société libre de tout engagement qui n'apparaît pas dans les statuts* 115

137. Le problème de l'identité de la Société

avant et après l'immatriculation. — 138. La portée des règles sur les dépenses de la constitution et sur les avantages particuliers. — 139. Les apports en nature. — 140. Les reprises de biens. — 141. L'application analogue des règles sur les reprises de biens à tout autre engagement. — 142. Les particularités des engagements visés aux §§ 19 et 20 de la Loi. — 143. Les engagements délictuels de la période constitutive. — 144. La responsabilité personnelle des personnes ayant agi pour la société en formation. — 145. Substitution de la Société à ces personnes. — 146. La constitution subséquente. — 147. La succession de la société définitive dans l'actif acquis pendant la période constitutive. — 148. Comparaison avec le droit français.	
<i>f) Les effets particuliers de l'immatriculation: 2° L'immatriculation couvre les vices de la constitution . . .</i>	124
149. Le principe de l'énumération limitative des nullités. — 150. Les raisons de nullité. — 151. La jurisprudence sur les vices de consentement. — 152. Explication de cette jurisprudence. — 153. L'action en nullité. — 154. Le jugement déclaratif de nullité et ses effets. — 155. La radiation d'office. — 156. La nullité subséquente.	
<i>g) La responsabilité des fondateurs</i>	133
157. La responsabilité civile des fondateurs <i>stricto sensu</i> . — 158. De leurs complices. — 159. Caractère d'ordre public de cette responsabilité. — 160. Responsabilité pénale.	
§ 2. — Le versement et la conservation du capital social. .	135
<i>a) Le versement</i>	135
161. Objet du versement. — 162. Cession ou	

saisie de la créance de la Société. — 163. Date d'échéance et sanction du retard. — 164. La responsabilité principale exceptionnelle de l'actionnaire antérieur. — 165. La responsabilité subsidiaire de l'actionnaire antérieur.

b) *La défense de distribution* 139

166. Le principe de la non-restitution de la mise. — 167. Sa garantie par les règles d'évaluation au bilan. — 168. La responsabilité personnelle de l'actionnaire qui a encaissé indûment des fonds.

c) *La vente et l'achat par la Société de ses propres actions* 142

169. Le problème. — 170. La vente et en particulier la vente assortie de clauses de garantie au profit de l'acheteur. — 171. L'achat : son rapport avec la prohibition de restituer la mise. — 172. L'histoire de la législation allemande sur cette question. — 173. Le système du § 65 de la Loi de 1937. — 174. Sens de cette réglementation complète : a) validité à l'égard des tiers ; b) nullité entre les parties ; c) tempérament apporté par les règles sur l'enrichissement sans cause (théorie du solde) ; d) inefficacité de la bonne foi du vendeur ; e) abus de droit ; f) pas de recours certain du vendeur contre les administrateurs ; g) cas de la vente par un intermédiaire. — 175. Opérations soumises au § 65. — 176. Comparaison avec la conception française. — 177. L'achat en vue d'amortissement au moyen de bénéfices ou de réserves facultatives. — 178. Les exceptions au caractère illicite du rachat. — 179. Le régime des actions valablement acquises. — 180. Leur mention dans les documents sociaux. — 181. La prise en gage. — 182. L'achat

	PAGES
par une entreprise dépendante. — 181. Par un prête-nom. — 184. Dangers de la sévérité de la Loi envers les entreprises dépendantes et prête-noms.	
d) <i>La réserve légale</i>	161
185. Caractères généraux communs aux droits français et allemand. — 186. Différences relatives à la constitution et à l'emploi. — 187. Le droit des actionnaires à l'emploi de la réserve légale.	
§ 3. — L'augmentation du capital	163
a) <i>Généralités</i>	163
188. Augmentation et constitution en France et en Allemagne. — 189. En Allemagne, l'Administration a moins de liberté.	
b) <i>L'augmentation ordinaire</i>	164
190. La décision de l'Assemblée générale. — 191. Apports en nature et en particulier la transformation des créances en actions. — 192. La réalisation. — 193. Contrôle judiciaire. — 194. Immatriculation.	
c) <i>Le capital autorisé</i>	169
195. But de cette institution. — 196. La liberté de la Direction d'arrêter les conditions.	
d) <i>Le droit de souscription et l'augmentation conditionnelle</i>	170
197. Les dangers de l'augmentation du capital pour les actionnaires et le but du droit de souscription. — 198. Quelques différences du droit français. — 199. Les atteintes directes et indirectes au droit de souscription. — 200. Inconvé-	

nients du droit de souscription. — 201. L'augmentation conditionnelle du capital.

e) *Indications sommaires sur les différentes sortes d'obligations* 174

202. L'émission des obligations en général. — 203. Raisons du régime spécial des titres du § 174. — 204. La nécessité de l'autorisation par l'Assemblée générale, le droit de souscription, l'agrément ministériel. — 205. Les porteurs des obligations bénéficiaires et de jouissance ne sont que des créanciers.

§ 4. — *La réduction du capital* 177

a) *Généralités* 177

206. Les différents buts économiques de la réduction. — 207. Les formes juridiques qui leur sont appropriées (réduction ordinaire et réduction simplifiée).

b) *La protection des actionnaires* 179

208. La décision de l'Assemblée générale. — 209. Les méthodes de réalisation (réduction du montant et réduction du nombre des actions).

c) *La protection des créanciers* 180

210. Comparaison avec l'augmentation du capital. — 211. La protection lors de la réduction ordinaire : garantie des créanciers. — 212. Lors de la réduction simplifiée : affectation des sommes en provenant aux pertes ou à la réserve légale. — 213. Nécessité de ces mesures de protection (comparaison avec quelques doctrines françaises).

d) *La réduction rétroactive* 184

	PAGES
214. L'inscription de la réduction au bilan de l'exercice écoulé. — 215. En cas d'assainissement (réduction avec augmentation simultanée).	
<i>e) Amortissement</i>	185
216. Nature et histoire de cette institution. — 217. Le système de la Loi de 1937 : le principe, les exceptions relatives aux actions acquises sans atteinte au capital, règles particulières sur l'amortissement forcé, en particulier sur l'amortissement forcé des actions à vote plural ; la réalisation de l'amortissement.	
§ 5. — La distribution du capital social (dissolution et liquidation de la Société)	188
<i>a) Causes de dissolution</i>	188
218. Importance et histoire de la matière. — 219. Les causes de dissolution connues du droit allemand. — Les causes inconnues du droit allemand, à la différence du droit français : <i>a)</i> perte des 3/4 du capital. — 221. <i>b)</i> réduction du nombre des associés au-dessous de 7, la société d'une seule personne. — 222. L'immatriculation de la dissolution.	
<i>b) Effets de la dissolution</i>	191
223. L'état de la liquidation. — 224. En particulier les liquidateurs. — 225. La subsistance de la personnalité morale et la retransformation en société active.	
<i>c) Liquidation et partage, fin de la Société</i>	194
226. La sommation des créanciers. — 227. La distribution de l'actif. — 228. Les opérations et immatriculations finales.	

	PAGES
d) <i>Quelques remarques sur la faillite et sur la radiation d'office du § 2 de la Loi du 9 octobre 1934.</i>	198
Les particularités de la faillite des sociétés anonymes en droit allemand. — 230. L'insuffisance d'actif en droit allemand. — 231. La radiation d'office pour absence d'actif.	
§ 6. — La fusion	201
a) <i>Histoire</i>	201
232. L'insuffisance du Code de Commerce. — 233. La nouvelle loi permet la fusion d'autres sociétés que les sociétés par actions, ce qui ne change pas le caractère essentiel de l'institution.	
b) <i>Préparation et réalisation</i>	203
234. Les deux formes de fusion : absorption et constitution d'une société nouvelle. — 235. La nature mixte de la fusion de mesure sociale et de contrat. — 236. Le contrat de fusion. — 237. L'augmentation du capital en vue de la fusion. — 238. L'immatriculation. — 239. Les pièces justificatives et le bilan final. — 240. Le fiduciaire chargé de recevoir les actions de la société absorbante. — 241. La fusion par formation d'une société nouvelle.	
c) <i>Effets de la fusion</i>	209
242. — La succession universelle. — 243. La protection des créanciers de la société absorbée. — 244. Le problème du conflit d'engagements incompatibles. — 245. La Loi du 13 décembre 1935 sur la succession dans les usufruits et servitudes personnelles.	
d) <i>Nullités et responsabilités</i>	213

	PAGES
246. Les causes de nullité, notamment du contrat de fusion. — 247. La responsabilité, en particulier celle des administrateurs de la société absorbée à l'égard des actionnaires de celle-ci. — 248. La fiction de survie de la société absorbée. — 249. Le mandataire spécial chargé de poursuivre les droits de la société absorbée, de ses actionnaires et créanciers.	
e) <i>Transferts d'actif autres que fusions</i>	216
250. Les transferts d'actif. — 251. Les contrats assimilés.	
§ 7. — La transformation	218
a) <i>Généralités</i>	218
252. La place systématique de la transformation. — Les transformations permises par la Loi de 1937.	
b) <i>L'économie des dispositions légales</i>	220
254. La décision de transformation et les personnes qui doivent l'agréer. — 255. La réalisation : les mesures pour empêcher les fraudes aux règles sur la constitution, en cas de transformation d'une société anonyme en société en commandite par actions. — 256. En cas de transformation en société anonyme. — 257. Protection des associés dissidents et des créanciers.	
 CHAPITRE III. — L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS	 225
§ 1. — L'administration	225
a) <i>La division en Direction et Conseil de Surveillance,</i>	

<i>Les règles qui leur sont communes, en particulier les règles sur le non-cumul d'emplois et sur les traitements</i>	225
---	-----

258. La division du travail entre administrateurs et directeurs en France et en Allemagne. — 259. Lutte de la Loi contre la confusion des fonctions de Directeur et de Conseiller de Surveillance. — 260. Les qualités requises pour être administrateur. — 261. Obligation légale de non concurrence pour les Directeurs. — 262. Prohibition du cumul de postes de membre de Conseils de Surveillance. — 263. Limitation des traitements. — 264. Et des tantièmes. — 265. Le Ministère Public chargé de surveiller les tantièmes. — 266. Mesures de publicité prescrites relatives aux rémunérations.

<i>b) La Direction et son Président</i>	234
---	-----

267. Election et révocation des Directeurs. — 268. Le sens de la limitation de leur mandat dans le temps. — 269. Le Président de la Direction, le principe du chef et la délibération à défaut de chef. — 270. Les devoirs de la Direction. — 271. Ses rapports avec l'Assemblée générale et le Conseil de Surveillance. — 272. La Direction, représentant légal de la Société. — 273. La signature sociale. — 274. La responsabilité de la Société du fait des délits des Directeurs. — 275. Conclusion sur la situation de la Direction avant et après la Loi de 1937.

<i>c) Le Conseil de Surveillance</i>	244
--	-----

276. Le rôle du Conseil dans la pratique de la vie des sociétés allemandes. — 277. Election et révocation. — 278. Les membres délégués. —

279. L'organisation intérieure. — 280. Convocation et délibération. — 281. Attributions. — 282. Les cas exceptionnels où le Conseil agit comme représentant légal de la Société, et en particulier l'octroi de crédits aux Directeurs.

d) La responsabilité des administrateurs 251

283. L'importance pratique de la question. — 284. Le principe : application du droit commun ; les actionnaires n'ont ni l'exercice individuel de l'action sociale, ni, en principe, une action individuelle. — 285. — La présomption de faute et de solidarité. — 286. — Illégalités et fautes de gestion. — 287. Décharge des administrateurs par d'autres organes, en particulier par l'Assemblée générale. — 288. L'action subsidiaire des créanciers. — 289. L'action exceptionnelle des actionnaires : en cas d'affirmations fausses sur la situation de la Société. — 290. En cas de mauvaise gestion dolosive. — 291. Comparaison du système allemand avec le système français, ses forces et ses faiblesses.

§ 2. — L'Assemblée générale 262

a) Composition, convocation, tenue 262

292. Pas de distinction entre assemblée ordinaire et assemblée extraordinaire (pas de quorum, accès de chaque actionnaire à toute assemblée). — 291. Les personnes ayant qualité pour convoquer l'assemblée. — 294. La forme de la convocation. — 295. La tenue de l'assemblée (lieu, procès-verbal, feuille de présence).

b) Les droits de l'actionnaire dans l'Assemblée générale : le droit d'être informé et le droit de vote (exercice et abus) 266

296. Rapport entre le droit d'information et le droit de vote. — 297. Le droit d'information, son histoire, son étendue. — 298. Le droit de vote : il est une attribution nécessaire de l'action ; sa suspension en cas d'opposition d'intérêts. — 299. Les restrictions statutaires à son exercice. — 300. L'influence des banques cessionnaires du droit de vote. — 302. La lutte de la Loi de 1937 contre cette pratique. — 303. Les conventions sur l'exercice du droit de vote. — 304. Dissociation de la propriété de l'action et du droit de vote par le fait que les actions sont des titres négociables. — 305. La nature du droit de vote et l'abus de ce droit. — 306. La position du législateur de 1937 (le § 197 al. 2 de la Loi). — 307. Conditions objectives. — 308. Conditions subjectives. — 309. Sanctions : annulabilité, mais pas de dommages-intérêts. — 310. Le Président de l'Assemblée peut-il ne pas tenir compte des votes abusifs ?

c) *Les attributions de l'Assemblée générale, en particulier la modification des Statuts* 288

311. Le principe : pas de présomption de compétence en faveur de l'Assemblée. — 312. Les compétences formellement conférées à l'Assemblée. — 313. En particulier le droit de modifier les statuts. — 314. Conditions de majorité. — 315. Délibération spéciale des différentes catégories. — 316. Les particularités a) des délibérations portant atteinte aux droits des actionnaires sans droit de vote, b) des délibérations portant réunion d'actions, c) des délibérations portant amortissement forcé des actions à vote plural, d) des délibérations portant suppression du vote plural. — 317. Limites du pouvoir de l'Assemblée générale.

d) *La protection de la minorité et de l'actionnaire individuel contre l'omnipotence de la majorité* 296

318. La minorité n'a pas des droits directs contre l'administration, en particulier pas de représentation au Conseil de Surveillance, mais seulement des droits par l'intermédiaire de l'Assemblée générale. — 319. Le droit de la minorité à la convocation de l'Assemblée générale. — 319. Le droit de la minorité à la convocation de l'Assemblée générale. — 320. Les droits de la minorité dans l'Assemblée : a) le droit d'exiger un contrôle extraordinaire, b) le droit d'exiger la poursuite des administrateurs et fondateurs, c) le droit de protester contre le choix des contrôleurs extraordinaires ou ordinaires. — 321. La protection de l'actionnaire individuel par a) le droit objectif (caractère impératif de la Loi, prohibition de changer la nationalité, prohibition de changer abusivement le but de la Société). — 322. L'insuffisance de cette protection. — 323. b) par les « droits propres », leur utilité et leur différence de la protection par les lois impératives, leur base légale. — 324. L'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, nombre restreint des droits propres. — 325. Comparaison avec le droit français.

e) *Les nullités* 308

326. L'histoire de la législation allemande en cette matière. — 327. L'énumération limitative des cas de nullité absolue. — 328. En particulier, la violation d'une loi d'ordre public. — 329. La radiation d'office. — 330. L'extinction de l'action en déclaration de la nullité. — 331. Les résolutions inexistantes (absence radicale des formes, atteinte aux droits des tiers. — 332. Cas douteux ; absence de délibération spéciale, de l'agrément.

ment d'un actionnaire titulaire d'un droit propre, de l'autorisation ministérielle. — 33. L'annulation. — 334. La demande en annulation, conditions d'exercice. — 335. Le jugement d'annulation. — 336. Le problème de l'abus de droit en cette matière : aucun intérêt actuel n'est requis pour la demande en annulation. — 337. Sauf s'il s'agit de l'annulation d'une résolution négative. — 338. Palliatifs de la Loi contre les demandes abusives. — 339. La théorie du droit-fonction. — 340. Application analogue du § 197, al. 2, la nécessité d'une intention de nuire. — 341. L'action des administrateurs et de la Direction. — 342. Le rapprochement entre la procédure en cas de nullité absolue et en cas d'annulation. — 343. L'importance pratique de la réglementation complexe de la nullité et sa raison d'être. — 344. Une question non encore résolue : la protection des tiers contre la rétroactivité. — 345. Le principe : non-protection des tiers. — 346. L'exception possible en cas d'immatriculation de la résolution. — 347. Tempérament de la rétroactivité, en vertu des principes du droit civil.

§ 3. — La collaboration de l'Administration et de l'Assemblée générale lors de l'établissement du bilan et de la détermination du dividende..... 329

a) *Remarques générales* 329

348. L'établissement du bilan, opération soulevant des conflits d'intérêts, l'idée directrice de sa réglementation par la Loi. — 349. Le bilan de la société par actions, instrument d'information pour les tiers, son régime différent du droit commun. — 350. L'ordre légal et l'ordre scientifique de la matière.

	PAGES
b) <i>La décision sur le règlement de comptes annuel</i> . . .	332
351. La soumission des documents au Conseil de Surveillance. — 352. La portée de la décision du Conseil de Surveillance.	
c) <i>La notion du bénéfice et la décision sur la distribution du dividende</i>	333
353. L'importance de la définition du bénéfice. — 354. La définition légale et le pouvoir de l'Administration qui en résulte de former des réserves à son gré ; le peu d'importance du droit de l'Assemblée de disposer du bénéfice net. — 355. Le droit de l'actionnaire individuel à la distribution du bénéfice net. — 356. La transformation de ce droit en créance par la résolution de l'Assemblée.	
d) <i>Les nullités</i>	339
357. Les causes de nullité, en particulier la violation des clauses statutaires sur les réserves. — 358. Nécessité d'un régime spécial des nullités du bilan dans la Loi de 1937. — 359. La suppression des nullités relatives du bilan arrêté par l'Administration. — 360. La restriction des nullités relatives du bilan décidé par l'Assemblée et 361. De la décision de l'Assemblée sur l'emploi des bénéfices.	
e) <i>Droit comparé et appréciation critique</i>	342
362. Le renforcement du pouvoir de l'Administration lors de l'établissement du bilan, trait caractéristique de la nouvelle législation allemande. — 363. Comparaison avec le droit français, en ce qui concerne le droit de l'actionnaire au dividende fixé, à la distribution du bénéfice social et 364. Le droit de l'Assemblée de dis-	

poser du bénéfice ; critique de la conception allemande du point de vue du droit des actionnaires et de l'intérêt général. — 365. En particulier le danger de formation excessive de réserves, en vue d'opération d'agrandissement ou de concentration sans raison d'être économique.

CHAPITRE IV. → LA POLICE DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS (Contrôle et publicité. — La dissolution administrative)	349
§ 1. — Les contrôleurs.....	349
<i>a) Histoire et qualification</i>	<i>349</i>
366. Le contrôle technique dans les lois allemandes depuis 1884. — 367. La réforme de 1931 et son renforcement en 1937, les qualités et conditions requises des contrôleurs.	
<i>b) Nomination et fonction</i>	<i>351</i>
368. Le choix des contrôleurs. — 369. Le rapport entre les contrôleurs et la Société. — 370. Le devoir de contrôle. — 371. Le droit d'investigation et le secret professionnel. — 372. Le conflit entre le secret professionnel et le devoir de rapporter le résultat du contrôle, la solution différente de ce conflit par la Loi selon qu'il s'agit du contrôle de la constitution extraordinaire ou annuel. — 373. En particulier, la mission des contrôleurs du règlement (comparaison avec les commissaires aux comptes du droit français). — 374. La « Spruchstelle ».	
<i>c) Responsabilité</i>	<i>356</i>
375. La responsabilité civile vis-à-vis de la Société. — 376. La responsabilité pénale et la responsabilité à l'égard des tiers.	

	PAGES
d) <i>Droit comparé et appréciation critique</i>	357
377. Principales différences du droit français.	
— 378. En particulier, les rapports des contrô-	
leurs avec l'Assemblée générale. — 379. Le nom-	
bre trop restreint des opérations soumises au	
contrôle.	
§ 2. — <i>La publicité</i>	360
a) <i>Remarques générales sur le droit commun et la</i>	
<i>publicité spéciale des sociétés par actions</i>	360
380. Absence en Allemagne d'un régime spécial	
de publicité des sociétés. — 381. Existence d'un	
régime spécial des sociétés par actions. — 382.	
En particulier, en vue d'assurer un certain con-	
trôle judiciaire.	
b) <i>Les moyens de publicité</i>	362
383. — Énumération et fonction des divers	
moyens. — 384. A) Le dépôt. — 385. B)	
L'immatriculation au registre du Commerce : a)	
les textes qui la régissent, b) la procédure, c) la	
publicité, d) l'effet de l'immatriculation d'après	
le Code de Commerce, et d) d'après la Loi de	
1937. — 386. C) La publication de l'immatricu-	
lation, comparaison avec le régime français des	
journaux d'annonces légales. — 387. D) Les jour-	
naux de la Société. — 388. Quelques genres de	
publicité inconnus du droit allemand.	
c) <i>La publicité des actes de sociétés</i>	370
389. Tableau des différents actes et des forma-	
liés auxquelles ils donnent lieu.	
d) <i>La publicité de la comptabilité sociale</i>	380
390. Raisons et principes de cette publicité	

exorbitante du droit commun. — 391. L'articulation du bilan, moyen de publicité (comparaison avec le droit français). — 392. En particulier, les principales dispositions sur les mentions obligatoires du rapport annuel. — 393. Le bilan-type. — 394. Le problème des réserves occultes ; l'absence d'une consécration du principe de la continuité du bilan compromet la valeur des règles assurant sa spécialité.

e) Le juge cantonal, gardien de la publicité et organe de surveillance générale de l'activité sociale ... 387

395. Le pouvoir du juge d'assurer par des amendes les dépôts et déclarations au Registre. — 396. Et l'exécution de diverses obligations édictées par la Loi. — 397. La radiation d'office. — 398. Les compétences accessoires du juge. — 399. L'obligation des autorités judiciaires et autres de prêter aide et assistance au juge. — 400. Les limites du pouvoir du juge.

§ 4. — La dissolution administrative 392

401. Histoire de cette institution. — 402. Le Tribunal économique de l'Empire, son histoire. — 403. Sa réorganisation par la loi du 25 février 1938. — 404. Les réformes de fond de la Loi de 1937.

CONCLUSION. — LA LOI DE 1937 ET LE DROIT ANTERIEUR, EN PARTICULIER L'EMPRISE DE L'ÉTAT SUR LA VIE SOCIALE 397

405. — Le caractère à la fois conservateur et réformateur de la Loi de 1937.

I. — La fonction conservatrice 397

406. — La Loi de 1937, loi revisée, loi de consolidation, et loi de codification expresse et implicite.

II. — La fonction réformatrice 399

407. Réformes techniques et réformes de principe. — 408. A. Les réformes techniques, relatives : 1° à la concentration des entreprises ; 2° au financement ; 3° à la répression des abus commis par les administrateurs ; 4° au régime des nullités. — 409. B. Les réformes de principe : 1° La lutte contre l'anonymat ; 2° L'indépendance de la Direction ; Le renforcement de l'influence de l'Etat. — 410. La vraie source de l'influence de l'Etat : La structure politique et économique du Troisième Reich. — 411. En particulier, le rôle effacé du droit privé des sociétés par rapport au droit public dans l'Allemagne actuelle.

**APPENDICE. — LA CONCEPTION ALLEMANDE DE
LA NATIONALITÉ ET DES CONFLITS DE
LOIS EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS 409**

412. Le silence de la Loi sur le droit international privé des sociétés anonymes. — 413. La portée en Allemagne de la distinction entre sociétés nationales et étrangères. — 414. La détermination de la nationalité. — 415. La détermination de la loi applicable. — 416. La portée du § 5 de la Loi relatif au siège.

NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE	415
------------------------------	-----

417. Aperçu général. — 418. Les Motifs officiels. — 419. Les éditions de la Loi. — 420. Observations générales sur les commentaires. — 421. Les commentaires-précis (de M. BAUMBACH et de MM. v. GODIN et WILHELM). — 422. Les commentaires-manuels : Le commentaire officiel, les commentaires de MM. TEICHMANN et KÖHLER, de MM. C. et J. RITTER. — 423. Les ouvrages sur le Code de commerce encore utilisables : Les traités de MM. K. WIELAND, MÜLLER-ERZBACH, J. VON GIERKE. — 424. — Les grands commentaires du C. com. : L'ouvrage de A. PINNER, le livre de M. BRODMANN, le grand ouvrage inachevé de MM. BING, FLECHTHEIM, HACHENBURG et J. LEHMANN. — 425. Les travaux non-allemands consacrés à la Loi de 1937. — 426. Les œuvres de droit comparé de M. A. PERCEROU et M. R. GOLDSCHMIDT. — 427. Avantages et inconvénients de l'absence de traités sur le droit allemand des sociétés anonymes.

ABBREVIATIONS	423
---------------------	-----

CAEN
CARON ET C^{ie}, IMPRIMEURS
34, RUE DEMOLOMBE

